



# **LA AUSENCIA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO MILITAR: ESTUDIO HISTÓRICO Y COMPARADO**

**LCDA. CRISTINA LAÍN CASADO**

**Tesis Doctoral**

Dirigida por el Prof. Dr. Bernardo Periñán Gómez

Curso 2015-2016

**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, DE SEVILLA**

### **Postliminio reversus**

*Ritornai da contrade e genti strane  
all'avita dimora ed ai Penati:  
non mi conobbe sulla soglia il cane,  
né, ormai fattisi adulti, i figli amati.*

*Mia moglie un altro uomo aveva accanto,  
eran morti gli amici d'una volta.  
Copioso dai miei occhi sgorgò il pianto  
e le gote bagnò, e la barba folta.*

*O postliminio, inganno delle genti,  
a che prometti ciò che non sai dare?  
Diritti e status restano in pendenti*

*ma non il tempo, che non puoi fermare!  
Ero straniero in mezzo ai miei parenti...  
Triste di casa uscii, per non tornare.*

P. ZAMORANI, *Poesie romanistiche* (Milano 2003) p. 79.

## **SUMARIO**

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>11</b>
---------------------------	-----------

<b>INTRODUCCIÓN: ESBOZO Y RAZONES PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA .....</b>	<b>15</b>
-----------------------------------------------------------------------	-----------

<b>I. LA PRESENCIALIDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS .....</b>	<b>18</b>
---------------------------------------------------------------	-----------

A. RELACIONES HUMANAS Y RELACIONES JURÍDICAS .....	18
----------------------------------------------------	----

B. ANATOMÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA: UNA APROXIMACIÓN .....	22
-------------------------------------------------------------	----

C. RELACIÓN JURÍDICA Y PRESENCIALIDAD .....	34
---------------------------------------------	----

<b>II. AUSENCIA: UN CONCEPTO POR REDEFINIR ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS .....</b>	<b>43</b>
----------------------------------------------------------------------------------	-----------

<b>CAPÍTULO PRIMERO: LA AUSENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO .....</b>	<b>61</b>
-------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

<b>I.BASES DE LA REGULACIÓN CIVIL.....</b>	<b>61</b>
--------------------------------------------	-----------

<b>II. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>72</b>
-----------------------------------------	-----------

A. MÍNIMA REFLEXIÓN SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL .....	72
--------------------------------------------------------------------------------------	----

B.MATICES JURISPRUDENCIALES A LA FIGURA JURÍDICA DE LA AUSENCIA .....	81
-----------------------------------------------------------------------	----

1. El desaparecido y su defensor. Un primer paso para la declaración de ausencia	82
2. El declarado legalmente ausente y su representante .....	86
3. Proceso de ilocalización del demandado.....	96
4. Incumplimiento de las obligaciones del ausente en su condición de progenitor	98
<b>III. CONCLUSIONES .....</b>	<b>99</b>
 <b>CAPÍTULO SEGUNDO: <i>ITER</i> HISTÓRICO DE LA AUSENCIA EN ESPAÑA</b>	
<b>.....</b>	<b>105</b>
<b>I. RAÍCES CERCANAS DE UN DOGMA JURÍDICO .....</b>	<b>105</b>
A. LA AUSENCIA EN LOS PROYECTOS HISTÓRICOS DE CODIFICACIÓN .....	105
B. LA AUSENCIA EN EL CODE DE 1804.....	107
C. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA REGULACIÓN CIVIL DE LA AUSENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	110
D. EL PROBLEMA DE LOS PLAZOS EN LA REGULACIÓN ORIGINARIA.....	113
<b>II. APUNTES SOBRE LA AUSENCIA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL .....</b>	<b>120</b>
A. PANORAMA GENERAL.....	120
1. Ausencia y patrimonio .....	123
2. Ausencia y proceso .....	131

3. Ausencia, peregrinaciones y cautiverios .....	133
4. Ausencia y matrimonio canónico .....	136
B. NOTAS SOBRE LA AUSENCIA EN EL DERECHO MEDIEVAL EUROPEO .....	139
<b>III. CONCLUSIONES .....</b>	<b>145</b>
 <b>CAPÍTULO TERCERO: ¿AUSENTES EN ROMA?.....</b>	<b>157</b>
<b>I. <i>ABSENTIA</i> .....</b>	<b>157</b>
A. EL ORIGEN DE UN TÉRMINO .....	157
B. LA AUSENCIA EN ROMA.....	159
1. Ausencia y proceso civil .....	162
2. Ausencia y proceso penal.....	168
<b>II. SOLUCIONES ROMANAS AL PROBLEMA DE LA AUSENCIA .....</b>	<b>177</b>
A. AUSENCIA Y POSTLIMINIO .....	177
B. OTRAS SITUACIONES DE AUSENCIA.....	183
C. PROTECCIÓN AL PATRIMONIO DE LOS AUSENTES EN DERECHO ROMANO CLÁSICO.	187
D. AUSENCIA Y FAMILIA .....	192
<b>III. CONCLUSIONES .....</b>	<b>199</b>

**CAPÍTULO CUARTO:LA AUSENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.... 213**

**I. ASPECTOS GENERALES..... 213**

A. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO ..... 213

B. APLICACIÓN DEL DERECHO COMPARADO ..... 221

C. DERECHO INTERNACIONAL: IMPULSO DEL DERECHO COMPARADO..... 226

**II. LA AUSENCIA EN EL DERECHO EXTRANJERO: SISTEMAS CONTINENTALES Y SISTEMAS ANGLOSAJONES..... 231**

A.LA AUSENCIA EN LOS SISTEMAS CONTINENTALES EUROPEOS ..... 231

1. Alemania ..... 232

2. Francia..... 234

3. Italia..... 236

4. Portugal ..... 237

5. Rusia..... 239

6. Suiza..... 240

B. LA AUSENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS HISPANOAMERICANOS ..... 242

1. Argentina..... 242

2. Brasil ..... 244

3. Chile .....	245
4. México.....	246
5. Panamá .....	248
6. Venezuela .....	249
 C. INFLUENCIA Y CONEXIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE <i>CIVIL LAW</i> EN MATERIA DE AUSENCIA. RASGOS GENERALES .....	 250
 D. LA AUSENCIA EN EL <i>COMMON LAW</i> .....	 252
1. Inglaterra .....	252
2. Estados Unidos de América .....	253
3. Canadá.....	254
4. Australia .....	255
 <b>III. CONCLUSIONES .....</b>	 <b>256</b>
  <b>CAPÍTULO QUINTO: AUSENCIA Y DERECHO MILITAR ESPAÑOL.....</b>	  <b>261</b>
 <b>I. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MILITAR EN ESPAÑA .....</b>	 <b>261</b>
A. LA DISYUNTIVA DEL DERECHO MILITAR: EXISTENCIA DE UN DERECHO PENAL Y UN DERECHO ADMINISTRATIVO DIFERENCIADOS .....	 261
B. ORIGEN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR: SU RAZÓN DE SER Y SUS COMPETENCIAS ...	269

C. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR: DERECHO PENAL COMÚN Y DERECHO PENAL MILITAR .....	273
D. CRITERIOS ACTUALES DE DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR .....	276
E. LA CITACIÓN Y LA INCOMPARECENCIA ANTE LA JURISDICCIÓN MILITAR.....	278
<b>II. EL DEBER DE PRESENCIA DEL MILITAR EN ESPAÑA Y SU SANCIÓN PENAL.....</b>	<b>283</b>
A. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN PENAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PRESENCIA .....	289
B. EL SUJETO ACTIVO DE ESTAS CONDUCTAS DELICTIVAS.....	294
C. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO .....	295
1. La residencia del militar y lugar de localización.....	295
2. La ausencia injustificada .....	296
3. El plazo de la ausencia .....	299
D. LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA PENAL CASTRENSE RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PRESENCIA .....	302
<b>III. EL DEBER DE PRESENCIA DEL MILITAR EN ESPAÑA Y SU SANCIÓN ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>313</b>
A. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR MILITAR .....	314



B. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	
SANCIONADOR MILITAR: LA AUDIENCIA DEL EXPEDIENTADO .....	317
C. RAZÓN DE SER DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR .....	320
1. Destinatario del régimen administrativo sancionador .....	321
2. Tipos disciplinarios de naturaleza leve relacionados con la falta de presencia	324
3. Incumplimiento grave del deber de presencia.....	330
<b>IV. CONFLICTOS BÉLICOS Y AUSENCIA.....</b>	<b>333</b>
A. LAS DESAPARICIONES EN CONFLICTOS ARMADOS.....	333
B. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y DESAPARICIONES EN CONFLICTOS ARMADOS .....	341
C. EL PRISIONERO DE GUERRA Y EL DESAPARECIDO: ¿SITUACIONES DE AUSENCIA?...	342
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>352</b>
 <b>CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	 <b>363</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	 <b>377</b>



## **ABREVIATURAS**

ADC.: Anuario de Derecho Civil

ADP.: Anuario de Derecho Penal

AEPD.: Agencia Española de Protección de datos

AHDE.: Anuario de Historia del Derecho Español

AJCL.: American Journal of Comparative Law

AJEE.: Anuario Jurídico y Económico Escorialense

AJIL.: American Journal of International Law

AN.: Audiencia Nacional

AP.: Audiencia Provincial

ARCO.: Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

BIDR.: Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano

BMDC.: Boletín mexicano de Derecho Comparado

BULR.: Boston University Law Review

C.c.: Código civil español

CDJ.: Cuadernos de Derecho Judicial

CDP.: Cuadernos de Derecho Público

CILJ.: Cornell International Law Journal

CLR.: Columbia Law Review

D.: Digesto de Justiniano

DGRN.: Dirección General de los Registros y del Notariado

EJIL.: European Journal of International Law

Gai.: Instituciones de Gayo

HLR.: Harvard Law Review

ICLQ.: International Comparative Law Quarterly

IJ.: Instituciones Justinianas

IVA.: Impuesto sobre el valor añadido

IVRA: Revista internazionale di Diritto romano e antico

IVRIS VINCVLA: VV. AA., Studi in onore di Mario Talamanca, 8 vols.  
(Napoli 2001)

JSCL.: Journal of the Society of Comparative Legislation

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

Lib. Iud.: Liber Iudiciorum

LLR.: Louisiana Law Review

LOPD.: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal

LRC.: Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, derogada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la cual entrará en vigor el 22 de julio de 2014

RAP.: Revista de Administración Pública

RC.: Recueils de cours

RCADI. : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International

RCDI. : Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RCDIP.: Reveu Critique de Droit International Privé

RD.: Revista de Derecho

RDEA.: Revista de Derecho Español y Americano

RDGRN.: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDP.: Revista de Derecho Privado

RDPb.: Revista de Derecho Público

RDPr.: Revista de Derecho Procesal

RDUNED.: Revista de Derecho UNED

RE.: Revista Ejército

REDC.: Revista Española de Derecho Constitucional

REDI.: Revista Española de Derecho Internacional

REDM.: Revista Española de Derecho Militar

REDUR.: Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja

REHJ.: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

REP.: Revista de Estudios Políticos

RFDUC.: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense

RGD.: Revista General de Derecho

RGDIP.: Revue Générale de Droit International Public

RGDP.: Revista General de Derecho Penal

RGLJ.: Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RHM.: Revista de Historia Militar

RHMod.: Revista de Historia Moderna

RICR.: Revista Internacional de la Cruz Roja

RIDA.: Reveu Internationale des Droits de l'Antiquité

RIDC.: Revue Internationale de Droit Comparé

RIDP.: Revue Internationale de Droit Pénal

RJ.: Revista Justicia

RMDIPC.: Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado

RPJ.: Revista del Poder Judicial

RUDP.: Revista Uruguay de Derecho Procesal

SAN.: Sentencia de la Audiencia Nacional

SCDR.: Seminarios Complutenses de Derecho Romano

SDHI.: Studia et Documenta Historiae et Iuris

STS.: Sentenciadel Tribunal Supremo

TAJCL.: The American Journal of Comparative Law

TC.: Tribunal Constitucional

TLQR.: The Law Quarterly Review

TS.: Tribunal Supremo

TICs.: Tecnologías de la Información y Comunicación

UE.: Unión Europea

## **INTRODUCCIÓN: ESBOZO Y RAZONES PARA LA ELECCIÓN DEL TEMA**

En este estudio, titulado “La ausencia en el derecho civil y en el derecho militar: estudio histórico y comparado”, nuestra pretensión es hacer un examen -con la profundidad suficiente y adecuada- para detectar los aspectos más destacados en la regulación y tratamiento jurídico de la figura de la ausencia, globalmente considerada. Eso implica que la perspectiva incluya un análisis histórico-jurídico, en el Derecho romano y en el Derecho histórico español, un estudio de la regulación actual y sus retos -con especial atención al nuevo entorno tecnológico que tanto condiciona al Derecho en general-, y un estudio de Derecho Comparado circunscrito, eso sí, a la tradición occidental. Así, este matiziuscomparatista pretende proporcionar conciencia sobre la globalidad de los problemas jurídicos, su carácter compartido desde distintos entornos históricos y culturales.

El análisis histórico o comparatista en sentido vertical, si se prefiere, puede facilitar la adopción de una perspectiva amplia, ante la indefinición de un futuro que estará, sin duda alguna, influido por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). La sorprendente evolución, a una velocidad extrema, del desarrollo tecnológico hace que la nueva casuística jurídica sea amplísima. Ello impide que existanprácticamentematerias jurídicas que no se vean afectadas por este desarrollo tecnológico, que seguramente será el signo de nuestro tiempo. Nos referimos a cambios en temas tan complejos como, por ejemplo, dónde se considera perfeccionado un contrato celebrado por medios telemáticos, cuál ha de ser la protección de nuestros datos de carácter personal cuando éstos circulan por Internet y especialmente en las redes sociales, y para qué se usan y se tratan esos datos por diversas personas y entidades incluso sin nuestro consentimiento, por referirnos a lo más inmediato. Con el estudio de la figura que nos ocupa en este trabajo hemos podido apreciar que la influencia de las nuevas tecnologías abarca prácticamente la totalidad de los ámbitos, y desde luego el jurídico; tanto es así que ha surgido incluso la necesidad de modificar diversas instituciones, tales como el tratamiento de la protección de datos de carácter personal; en materia procesal han sido afectadas cuestiones como la rebeldía del

demandado o bien la prueba en el proceso; en materia civil y mercantil, el concepto de domicilio, que ha dejado de ser un concepto estrictamente físico y territorial.

La lista de temas jurídicos afectados por las Nuevas Tecnologías es, cabe decir, equivalente a la realidad del Derecho en su conjunto, lo que incluye un tema como el que nos ocupa. Es más, habría que plantearse si será posible la ausencia en el futuro, en el sentido de que esas tecnologías prácticamente impiden ya la ilocalización de un individuo, que puede ser detectado a partir de sus comunicaciones, los pagos que haga por medios electrónicos o su imagen, recogida en las miles de cámaras de inundan nuestras ciudades. Otra cosa será determinar, si ilocalización y ausencia se reclaman mutuamente, de modo que no pueda ésta darse sin aquélla, como veremos.

Pero nuestro trabajo no pretende ser sociológico, histórico o filosófico, sino jurídico. Por ello, para llegar a unas conclusiones bien sustentadas metodológicamente sobre el tema propuesto, es necesario dejar claros determinados conceptos. En primer lugar, debemos delimitar nuestro campo de trabajo, para lo que realizaremos una aproximación a la relación jurídica -como dogma- desde distintos puntos de vista. Atenderemos también al concepto de sujeto de derecho y más específicamente a la necesidad de que tal sujeto manifieste su voluntad y se haga por tanto presente, en aras de garantizar la efectividad del mismo derecho subjetivo. Esa voluntad puede llegar a manifestarse a través de diferentes medios, el más habitual a lo largo de los tiempos ha sido la presencia física de dicho sujeto. Sin embargo, en los últimos años, el desarrollo de las TICs ha permitido facilitar dicha presencia sin necesidad de un contacto entre los sujetos afectados, superando en ocasiones la necesidad de una representación por medio de tercero que habría sido indispensable hasta hace sólo unos años.

La regulación de la institución que estudiamos ha venido motivada por la necesidad de la intervención del Derecho ante los importantes efectos que pueden derivarse del supuesto de que una persona se encuentre ilocalizada e inoperativa, o simplemente desaparecida, hecho que puede haberse provocado por la voluntad del mismo sujeto –que antepone su deseo de abandonar su círculo habitual sin comunicar su paradero al sufrimiento que la incertidumbre provoca en su entorno-o bien de manera contraria a esa voluntad.



Ahora bien, el desarrollo de las TICs ha hecho que este tema pueda plantearse desde una perspectiva diferente. En la medida en que la evolución de las tecnologías ha facilitado enormemente la localización, aun en contra de su voluntad, de un sujeto del que no se tienen noticias, cabe cuestionarse si realmente existen casos de ausencia en la actualidad. Es decir, ¿la ausencia es compatible con el desarrollo de los medios informáticos y tecnológicos? Esta cuestión estará inevitablemente presente a lo largo de nuestro estudio. Nos planteamos por tanto los diversos medios de los que disponemos para que puedan tenerse noticias de la localización de una persona e incluso, aún más importante, de su existencia.

La realidad de nuestros tiempos nos lleva a pensar que nos comunicamos e interrelacionamos -a nivel social, pero también a otros niveles como el laboral- a través de las redes sociales y usando medios telemáticos -pensemos que incluso podemos hablar actualmente del ejercicio de los derechos sociales a través de medios telemáticos- y para ello vamos aportando nuestros datos estrictamente personales de una manera que, en principio, puede parecer gratuita.

Debemos considerar también la problemática que surge si una persona pretende eliminar de Internet la totalidad de sus datos personales, que él proporcionó voluntariamente o bien que los terceros han proporcionado por él, e incluso en contra de su voluntad. A pesar de que el Derecho nos proporciona ciertas armas para poder eliminar dichos datos, como el ejercicio de los derechos de cancelación y de oposición al tratamiento de ciertos datos personales, en la práctica no llega a hacerse efectiva de manera absoluta la eliminación de los mismos.

Proporcionamos nuestros datos para cualquier actividad rutinaria, como la entrada en nuestro trabajo a través de tarjetas personalizadas, pagar con la tarjeta de crédito, hacer cualquier operación por Internet, etc., y sin embargo no damos importancia al hecho de que cuando sea nuestra voluntad que tales datos desaparezcan de determinadas bases de datos e incluso de la red, y pretendamos hacer efectivo lo que se ha venido denominando “derecho al olvido”, no podamos hacer cumplir nuestra voluntad de manera absoluta, pues al menos el documento original quedará guardado en el correspondiente sitio web.

Asimismo las TICs han permitido el empleo de las grabaciones de imágenes a través de cámaras como medio de prueba en el proceso penal, es el fenómeno sobradamente conocido como videovigilancia. De igual manera, a través del empleo de las nuevas tecnologías, se ha facilitado la comparecencia del demandado en el proceso, para evitar con ello las consecuencias negativas de su falta de presencia y la dilatación en la tramitación del procedimiento en cuestión, lo que se ha hecho posible a través de la videoconferencia. En resumen, cabría afirmar que las nuevas tecnologías se han ido implantando progresivamente en nuestra vida, tanto que la “memoria digital” debe ser considerada como mecanismo fundamental en el avance de la humanidad.

Sin embargo, lo que realmente interesa al Derecho no es tanto la exacta localización de un sujeto en cada momento, sino las consecuencias jurídicas que se derivan de su falta de actuación. Por ello se fijan en la actualidad una serie de requisitos así como de plazos para que una persona, de la que no se tienen noticias, pueda ser declarada ausente o pueda declararse su fallecimiento; con ello se busca adoptar una serie de medidas de protección de sus propios intereses y de los de terceros que se hallan jurídicamente vinculados al ausente.

## **I. LA PRESENCIALIDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS**

### **A. Relaciones humanas y relaciones jurídicas**

La vida social se basa en la interconexión y la interacción de los seres humanos. En las diversas facetas de la misma surgen relaciones en diferentes ámbitos: el familiar, el profesional, el comunitario, el mercantil, etc. Estas relaciones pueden desarrollarse en un entorno cercano o lejano, a través de medios de comunicación basados directamente en las capacidades naturales de la persona, en sus sentidos, o bien a través de instrumentos técnicos que sirven como vehículo de conexión entre los individuos. En la época que vivimos, resulta acreditada la importancia del desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), proceso que arranca desde finales de la II Guerra Mundial, lo que facilita enormemente el empleo de medios telemáticos en las relaciones sociales, llegando a sustituir en algunos casos a las

relaciones inmediatas. Por otra parte, se hace cada vez más difícil imaginar a alguien que esté completamente aislado, si nos referimos al primer mundo<sup>1</sup>.

Algunas de esas relaciones humanas, hoy en buena medida tecnificadas, tienen atribuido un significado jurídico, lo que implica que vengan protegidas y, en su caso, reguladas por el Derecho. Estas relaciones tienen como consecuencia el nacimiento de derechos subjetivos y deberes jurídicos<sup>2</sup>. Sin embargo, el concepto mismo de relación jurídica, pese a parecer sencillo, ha dado lugar a posiciones doctrinales muy diversas como es propio de una construcción teórica, dogmática o filosófica, si se prefiere.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> El divulgador científico español Eduardo Punset, en un artículo publicado en la revista *XLsemanal* el 30 de octubre de 2011, p. 54, titulado *¿Cómo será en el futuro la vida cotidiana?*, expone -sobre la evolución de nuestra sociedad a través del empleo de las nuevas tecnologías- que éstas están ya presentes desde prácticamente nuestro nacimiento; es una realidad que los niños utilizan los medios electrónicos, los videojuegos y otros aparatos informáticos, como el *iPad*, de manera habitual. El avance tecnológico ha afectado a la vida cotidiana y al ánimo de la gente, a la forma de vida, a la construcción de las relaciones sociales e incluso la participación presencial en las mismas. Ésta cada vez es menos frecuente, sustituyéndose por medios telemáticos en los que se soslaya el contacto físico. Se refiere Punset, asimismo, a un fenómeno que los psicólogos denominan “la desaparición del cuerpo”, lo que implica que se prescindir de la vida presencial y se opte por “un contacto casi exclusivo recurriendo a las redes sociales”. Al respecto, cabe decir que en la forma de comunicarnos hemos cambiado la carta por el correo electrónico, en cuanto a los medios de pago que utilizamos habitualmente, hemos sustituido el dinero físico, es decir la moneda acuñada o el *aes signatum* de los romanos, por el dinero electrónico o la tarjeta de crédito. Según Punset esta evolución implica una ventaja parcial, el hecho de que “seremos más transparentes a los demás”, y por otro lado el inconveniente de perder para siempre -poco a poco- la privacidad a la que hasta ahora estábamos acostumbrados, de modo que “tendremos que ir habituándonos a formar parte de muchas más comunidades ajenas y desconocidas”.

<sup>2</sup> Vide B. BRUGI, s.v. *Relazione giuridica*, en *Introduzione enciclopedia alle Scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza* (Milano 1907) p. 160. No hay que suponer, dice Brugi, que una relación pase a ser jurídica únicamente cuando es regulada totalmente por el Derecho; hay relaciones, como las de familia, que sólo en parte caen bajo el paraguas del Derecho; esto bastaría para que sean jurídicas. Señala, por su parte, J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, 3.ª ed. rev. (Madrid 1974) p. 236, que “intuitivamente, la gente -los juristas también, en general- ha contemplado siempre el Derecho como un tejido, un entrelazamiento de facultades y deberes en cierta correlación, mediata o inmediata”.

<sup>3</sup> Por ejemplo, L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil I*, 15.ª rev., trad. de la 39.ª ed. alemana por B. Pérez González y J. Alguer (Barcelona 1981) p. 285, entiende por relación jurídica “una relación de la vida ordenada por el Derecho subjetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)”. Por su parte, L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona 1943) p. 529, contemplando la relación jurídica exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre personas, la define, con una fórmula muy completa a nuestro juicio, como “un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción”. Para F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General*, 2.ª ed. (Madrid 1942) p. 556, limitando también el concepto de relación jurídica a las relaciones de persona a persona y acentuando, con gran originalidad, el punto de vista de la organización, presidida por los principios jurídicos, que son los que sirven de fundamento e individualizan las distintas relaciones jurídicas, la relación jurídica es “la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico”. En este sentido, L. DÍEZ-PICAZO Y A.

En cuanto a la naturaleza de estas relaciones jurídicas, debemos decir que las mismas se clasifican habitualmente en atención a su carácter jurídico-privado o jurídico-público, lo que nos limitamos a contrastar, a sabiendas de la inexistencia de verdaderas diferencias esenciales entre relaciones de uno u otro tipo. Así, ya el jurista Ulpiano, del s. II d.C., afirmaba respecto a esta clase de distinción que no hay dos tipos de relación jurídica o dos tipos de Derecho, el público o el privado, sino dos formas en enfocar una misma realidad: D. 1,1,2 (*Ulp. 1 inst.*): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

Cabe decir, abundado en estas cuestiones iniciales, que los individuos y las familias que se asientan en un determinado territorio se han unido para lograr, en esa comunidad establecida, la mejor convivencia posible de todos y obtener la satisfacción de las necesidades generales y las particulares a ellos comunes. La coordinación entre estas personas, sean físicas, sean colectivas -todas son jurídicas-, y las necesidades a satisfacer, requieren una organización que se traduce en la estructuración de las posiciones de los distintos sujetos conforme a normas de obligado cumplimiento. Como consecuencia de la comentada distinción entre relaciones jurídico-públicas y jurídico-privadas, se puede hablar asimismo de la existencia de derechos subjetivos clasificados en virtud de que, tomando como base el interés protegido, sea éste colectivo o individual. Esta misma clasificación se muestra así también desde una perspectiva subjetiva, centrando nuestra atención en el criterio basado en la posición de los sujetos en la relación jurídica<sup>4</sup>.

---

GULLÓN, *Sistema de Derecho civil I* (Madrid 2005) p. 339, consideran que aunque con precedentes en la noción romana de *obligatio* y en la canónica de *relatio*, el de relación jurídica es un concepto moderno, de contenido variable históricamente, elaborado por el Pandectismo del siglo XIX, posterior a F.C. von Savigny, con la idea fundamental de contraponerlo a la concepción absolutista del Derecho frente a una visión liberal del mismo, basada en la autonomía de la voluntad.

<sup>4</sup>Vide J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. Introducción y parte general. Teoría de la relación jurídica*. T. I, Vol. II. (Madrid 1987) pp. 36 ss. Según este criterio, cabe hablar de unos derechos públicos subjetivos, que son los que nacen de aquellas relaciones en las que entran los entes investidos de imperio en cuanto tales, tanto en las relaciones de los entes públicos entre sí como en las que median entre éstos y los ciudadanos; por otro lado, los derechos privados subjetivos, son los que forman parte de aquellas relaciones que sostienen las personas individuales o colectivas, en cuanto particulares. Señala igualmente el autor que, a pesar de todo lo anteriormente apuntado, la doctrina se muestra un tanto escéptica acerca de la utilidad y funciones que corresponden a la relación jurídica en el conjunto del sistema. En este sentido se pronuncia J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos* cit. pp. 237 ss., quien no le da más valor a estas distinciones que el de señalar el conjunto normativo que le es aplicable: Derecho público o privado; patrimonial o de familia, por ejemplo.

De esta manera, junto a las relaciones jurídicas entre particulares, surge la función administrativa, cuyo fin es gestionar los intereses públicos y generales, así como el cuidado y la atención que los ciudadanos -en su convivir diario y recíproco- requieren para gozar del bienestar social. Es sabido que, en el Estado moderno, la estructura de las Administraciones públicas tiene un diseño burocrático, correspondiente a un esquema funcional, jerárquico y coordinado. Ese entramado está conformado por los llamados órganos, a los cuales las leyes han atribuido capacidad de decisión y ejecución, con el carácter de prerrogativas superiores al actuar de los ciudadanos. No en vano, éstas se configuran como poderes de naturaleza pública destinados al cumplimiento de los fines propios de su función de servicio público, es decir, de la gestión y cuidado de los intereses generales<sup>5</sup>.

Una vez que hemos realizado una aproximación inicial al concepto-base de relación jurídica, entre las que hay que incluir obviamente a las de naturaleza procesal o adjetiva, puede afirmarse que toda relación jurídica presupone siempre dos elementos: uno material y otro formal<sup>6</sup>. En cuanto al primero, el elemento material, está constituido por el presupuesto de hecho o relación social que reclama la regulación jurídica. Por lo que se refiere al segundo, el elemento formal, está constituido por su consecuencia jurídica y puede abarcar un contenido diverso. Así, es posible que éste se manifieste en una facultad de poder y en un deber correlativo, es decir, en un derecho subjetivo y un deber jurídico que encajan uno en el otro. Pero no siempre es de esta manera. En algunos casos, la relación jurídica es simplemente la base del surgimiento de derechos y obligaciones futuros, que sólo nacen cuando se cumplen determinados requisitos. Aun

---

<sup>5</sup>Vide al respecto, A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *Las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 con las modificaciones de la Ley 4 de 13 de enero de 1999. Comentarios y Jurisprudencia*, 2.<sup>a</sup> ed. (Granada 1999) pp. 9 ss. En el mismo sentido, tratando de diferenciar entre relaciones jurídico-públicas y relaciones jurídico-privadas, se pronuncia M. ALBALADEJO, *Derecho civil I. Introducción y parte general* (Barcelona 2001) pp. 334 ss.; F. CAPILLA RONCERO-A.M<sup>a</sup>. LÓPEZ Y LÓPEZ-V.L. MONTÉS PEÑADÉS-E. ROCA Y TRIAS-R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona* (Valencia 2003) pp. 286 ss.; A. ACEDO PENCO, *Derecho privado general y Derecho de la persona* (Madrid 2010) pp. 25 ss.; A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad* (Madrid 2011) pp. 23 ss.

<sup>6</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil español I* (Madrid 1959) pp. 234 ss., afirma: “El Derecho objetivo, por su naturaleza moral y por la función que le corresponde, extiende su poder ordenador y su protección solamente a aquellas relaciones que sean dignas y estén necesitadas de esa protección; dignas, en cuanto sirvan a los fines humanos; necesitadas, en cuanto se hallen expuestas a los ataques de los hombres y no estén suficientemente protegidas por otro poder (el religioso, el moral, etc.)”.

cuando ambos elementos, el material y el formal, deben ser tenidos en cuenta en el examen de las relaciones jurídicas, debido a su interconexión y dependencia mutua, han surgido diversas posturas doctrinales acerca de cuál de los dos adquiere mayor relieve en la relación jurídica. Así, por no abandonar a los clásicos, Savigny y una importante corriente pandectista entendieron que la esencia de la relación jurídica es la relación social, el presupuesto de la norma, mientras que otros, como Von Thur, centrándose en la íntima conexión que debe existir entre la relación social y la norma misma, dan el mismo valor a la primera que a su consecuencia jurídica<sup>7</sup>.

## **B. Anatomía de la relación jurídica: una aproximación**

En cuanto a la estructura que presenta toda relación jurídica, debemos analizar los componentes que la integran. Es sabido que toda relación jurídica está constituida por diversos elementos, básicamente el subjetivo, el objetivo y el causal. Analizamos a continuación cada uno de ellos de manera específica.

Según CastánTobeñas<sup>8</sup>, en toda relación jurídica existe un doble sujeto. La dualidad de sujetos es una de las características de toda relación jurídica. De modo que, si tomamos como ejemplo la relación obligatoria, cuando confluyen en la misma persona las posiciones activa y pasiva de la misma, tiene lugar la extinción de la obligación por el principio de que nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo, ya que no pueden coexistir en un mismo sujeto cualidades opuestas y contradictorias<sup>9</sup>. Sin embargo, no implica confusión de derechos ni de personalidades, ni cambio de deudor, el contrato por el cual se obliga uno de los contratantes a liquidar la situación financiera

---

<sup>7</sup>Vide L. RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho por Giorgio Del Vecchio I* (Barcelona 1935) p. 278; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia* cit. pp. 535 ss.; F. de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. p. 461.; J. BATALLER GRAU-J. LOBATO DE BLAS-J. PLAZA PENADÉS-M. SOROA Y SUÁREZ DE TANGIL, *Curso de Derecho privado* (Valencia 2010) pp. 127 ss.

<sup>8</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho civil* cit.p. 17.

<sup>9</sup> C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil* (Madrid 1988) pp. 1601 ss. Vide B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Pomponio y los modos de extinción de las obligaciones*, en *IVRA*. 52 (2001) [publ. 2005] pp. 180 ss.

del otro, para lo que recibe todo lo que constituye su activo, con la obligación de hacer frente al pasivo<sup>10</sup>.

Sin salir del modelo de las relaciones crediticias cabe distinguir, por un lado, el sujeto activo, titular del derecho -sujeto por antonomasia-, y por otro, el sujeto pasivo -sujeto obligado o deudor-. Como es sabido, cada una de esas posiciones puede estar constituida por una sola persona o por varias. Los términos de sujeto activo y pasivo, generalmente, parecen aludir respectivamente a la facultad de exigir que tiene el primero y la situación de sometimiento en la que se encuentra el segundo; asimismo, la situación de deber puede implicar un comportamiento activo -un dar o un hacer-, pero también una obligación de abstención con una finalidad de respeto.

Abundando en lo anterior, debemos señalar el carácter bidireccional de toda relación jurídica, habida cuenta de la existencia de un sujeto activo, titular de un derecho, y de un sujeto pasivo, el cual es la parte obligada por el deber jurídico como contrapartida del derecho subjetivo, del que es titular el sujeto activo de la relación jurídica. Si bien, es preciso en este punto distinguir entre relaciones jurídicas reales y de obligación<sup>11</sup>.

Desde otra perspectiva, De Castro así como otros civilistas<sup>12</sup>, siguiendo la postura de Savigny, sólo reconocen relaciones entre personas, es decir, de persona a persona; sin embargo, otros juristas, como Enneccerus<sup>13</sup>, entienden que, junto a estas relaciones entre persona y persona (como las relaciones familiares y las obligacionales), existen las relaciones entre persona y cosa (relaciones reales), que derivan -eso sí- en un deber de respeto general.

---

<sup>10</sup> STS. de 21 de febrero de 1900.

<sup>11</sup> Vide J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio* (Madrid 1951) pp. 75 ss. Sobre el alcance de la contraposición de estas dos categorías de derechos, estudia el problema de la posibilidad de encasillar la totalidad de los derechos patrimoniales, colocándolos en una de aquellas dos categorías, y llega a la conclusión de que es necesario prescindir de dicha clasificación para comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de algunas instituciones.

<sup>12</sup> L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción* cit. pp.529 ss., limita la relación jurídica exclusivamente a la relación entre personas, como “vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción”.

<sup>13</sup> L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil I* cit. pp. 285 ss., entiende por relación jurídica “una relación de la vida ordenada por el Derecho subjetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)”.

En opinión de Castán, no pueden existir relaciones jurídicas más que entre los seres humanos. Toda relación supone una posición de poder, ostentado por el sujeto activo y un deber a cargo del sujeto pasivo. Ello no impide que el poder, en determinadas relaciones jurídicas, muestre una única dirección personal mientras que en otras implica, a la vez y fundamentalmente, una relación real<sup>14</sup>. Asimismo, unas veces el deber jurídico es un deber particular, que puede ser positivo o negativo, en cambio otras es un deber general y negativo. Hay entonces un grupo de relaciones que se ofrecen como relaciones de una persona con otra o varias determinadas, que mediatamente pueden referirse a una cosa pero también a un comportamiento o prestación, y otra clase de relaciones en las que lo típico es el poder directo e inmediato de una persona sobre una cosa, que produce en los demás la obligación, en sentido negativo, de abstenerse de turbar ese señorío. Como consecuencia de lo anterior cabe concluir que el poder jurídico del titular de la relación puede ir dirigido contra la generalidad de los hombres, es decir, contra un sujeto pasivo indeterminado, o contra una persona determinada. En el primer caso se trata de relaciones absolutas o de exclusión, o sea, las que dan lugar a derechos de la personalidad y derechos reales, y en el segundo caso hablamos de relaciones relativas, entre las que destacamos las que dan lugar a derechos de crédito u obligación<sup>15</sup>. En este sentido procede mencionar la distinción de acciones hecha por los

---

<sup>14</sup> En el mismo sentido, vide L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil* I cit. pp. 285 ss.: “Las relaciones jurídicas contienen o producen relaciones de persona a persona (mi deudor en virtud de contrato, delito o enriquecimiento injusto, tiene que satisfacerme, la condición de miembro en la asociación, varios copropietarios, matrimonio, parentesco). Pero muchas de ellas no se limitan a estas direcciones personales. La propiedad da también el poder jurídicamente reconocido de señorear la cosa, y sólo como consecuencia de este poder aparece el derecho de prohibición dirigido contra los demás. Asimismo la relación jurídica puede contener una dirección hacia un derecho ajeno; por ejemplo, el derecho de prenda sobre un crédito contiene la facultad de enajenar éste”. También afirma F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* I (Milano 1957) p. 69: “La relación jurídica puede desenvolverse entre sujetos, pura y simplemente, o entre sujetos, pero con respecto a una cosa; a esto corresponde una fundamental distinción de las relaciones que por ello se llaman, respectivamente, personales y reales”.

<sup>15</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil* cit. pp. 33 ss. En opinión de este autor, son derechos absolutos o de exclusión los que tienen eficacia contra todos (*erga omnes*), y relativos los que se dirigen sólo contra personas individualmente determinadas. Los primeros garantizan al sujeto activo, con respecto a todo el mundo, un poder sobre un objeto, íntegro o parcialmente del titular; los segundos, en cambio, garantizan contra una o varias personas determinadas el poder para exigir de ellas una cierta conducta, una acción o una abstención. Pertenecen al grupo de los derechos absolutos los derechos de la personalidad -aquellos que competen al titular por ser persona, asegurándole el goce de sus energías físicas y espirituales-, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales y el derecho hereditario; y al grupo de los relativos, los derechos de crédito. Por su parte, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 592 ss., observa que la distinción entre derechos absolutos y relativos existe, pero no significa una contraposición tajante. Los derechos son denominados relativos porque aparecen relacionados, polarizados en una relación entre personas determinadas, afectando a una conducta personal y formando entre ellas una especie de comunidad restringida. Los derechos absolutos aunque primariamente determinan de modo inmediato sólo la situación de una persona dentro de la vida general de la



clásicos, como un régimen de defensa organizado por la jurisprudencia para reparar cualquier daño o lesión causado a un derecho<sup>16</sup>. A un lado quedan también las relaciones familiares y las procesales, dotadas de una naturaleza particular, pero igualmente interesantes para nosotros de cara al objeto de esta investigación<sup>17</sup>.

Continuando con el análisis del sujeto de una concreta relación jurídica podemos diferenciar diversas modalidades de titularidad en virtud de, entre otros, dos criterios: ora por razón de su determinación e indeterminación, ora por razón de su unidad o pluralidad.

En virtud del primero, se puede hablar de una relación jurídica en la que el sujeto está individualmente determinado, o bien que se trate de un derecho cuyo sujeto no está determinado de manera personal sino de forma mediata, como es el caso de derechos conexos con otro derecho concreto. Siguiendo el criterio de la posible pluralidad de sujetos se debe hacer la siguiente clasificación: por un lado derechos que no admiten más que la titularidad de un solo sujeto, como ocurría con determinadas potestades familiares como la patria potestad o la tutela con anterioridad a las reformas

---

comunidad, al confiarle un poder sobre alguien o sobre algo crean también un círculo de situación especial entre las personas relacionadas de hecho con la situación: el derecho de propiedad, por ejemplo, lo crea en las relaciones de vecindad, y surge tanto entre los titulares de derechos reales sobre la misma cosa, como con todos los que entran en contacto más o menos accidental con ella. De semejante modo, los derechos relativos originan primariamente sólo un vínculo entre las personas afectadas, pero su esfera de eficacia puede ampliarse por diversas circunstancias; los derechos de crédito, por ejemplo, hacen surgir una especial comunidad jurídica accidental entre todos los acreedores de una misma persona, y la situación de poder que crean, ha de ser respetada por todas las personas que entran en contacto con ella. Lo arraigado del prejuicio doctrinal contra el valor de los derechos relativos respecto a terceros hace necesario aludir a los preceptos legales en los que expresamente se ha reconocido. En los derechos de crédito, no obstante el carácter egoísta que ha tratado de imprimirles el materialismo económico, han sido las mismas necesidades del tráfico las que han impuesto una cierta objetivación de la relación obligatoria, con su escuela de respeto general. Sobre esta cuestión se pronuncia en el mismo sentido M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp. 446 ss.

<sup>16</sup> Vide J.L. MURGA, *Derecho romano clásico, II. El proceso* (Zaragoza 1983) pp. 211 ss., se refiere a la clasificación que hace el jurista romano tardoclásico Gayo, al plantearse el estudio sobre las acciones, diferenciando este autor entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. A través de las acciones *in rem* se trata de reclamar el dominio sobre la cosa o algún derecho real -como el derecho de uso o de disfrute sobre la cosa-, por lo que con estas acciones se tutelan derechos absolutos o *erga omnes*; mientras que a través de la acción *in personam* se trata de ejercitar un derecho relativo, de manera que sólo se puede hacer valer contra la persona específicamente obligada. Es por ello que a estos últimos derechos que se trata de proteger se les denomina derechos personales.

<sup>17</sup> Vide J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil* cit. pp. 33 ss. Sin embargo no siempre esta distinción es tan clara. Además, los derechos de familia pueden presentar un aspecto relativo o bien un aspecto absoluto. En el primer supuesto se impone a una persona determinada una cierta conducta respecto a otra -por ejemplo, las relaciones entre los cónyuges-, mientras que en el segundo, todos han de respetar la posición que uno tiene en la familia, con todas sus consecuencias.

de 1981 y 1983, y como sigue ocurriendo con otro tipo de derechos tales como los personalísimos<sup>18</sup>. Por titularidad debe entenderse la cualidad jurídica por virtud de la cual una persona está investida de un poder jurídico, o lo que es igual, de un derecho o de un haz de derechos subjetivos, con independencia de que dicha condición vaya o no unida al goce o al ejercicio del mismo derecho subjetivo. El concepto de titularidad tiene un sentido más amplio, que comprende tanto los propios derechos subjetivos como las facultades.

Por otro lado, existen derechos que admiten una pluralidad de titulares, pudiendo darse varias modalidades, como son, en primer lugar, el supuesto de que el derecho se divide asimismo en derechos parciales y autónomos<sup>19</sup>, o bien la descomposición del derecho en tantas cuotas abstractas y homogéneas como partícipes existan<sup>20</sup>. También es concebible, como sabemos, la atribución conjunta del derecho a varios sujetos sin división de cuotas entre ellos -tal es el caso de la comunidad hereditaria- y, por último, la atribución del derecho por completo a cada uno de los partícipes, de modo que el sujeto que haga uso del derecho lo hace por todos y para todos<sup>21</sup>.

En cuanto al aspecto dinámico de las relaciones jurídicas, el Derecho objetivo concede a la voluntad de los sujetos un amplio poder para constituir y regularlas, si bien esa voluntad no tiene valor si no se exterioriza por medio de una manifestación; es esa declaración de voluntad, por tanto, un elemento esencial de todo negocio jurídico<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 564 ss. Este autor define la titularidad como “la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen”; igualmente, R. VERDERA SERVER, *Derecho de personas* (Navarra 2010) pp. 421 ss. Por su parte A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 326 ss. trata sobre lo que denomina “titularidades individuales y titularidades colectivas”.

<sup>19</sup> Este es el caso de las obligaciones mancomunadas simples -artículo 1.138 del Código civil-.

<sup>20</sup> Supuesto de la comunidad romana del artículo 392 del Código civil.

<sup>21</sup> Se trata de las obligaciones denominadas solidarias -artículos 1.137 y siguientes del Código civil-. Vide M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp 442 ss.

<sup>22</sup> L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil* cit. p. 54: “El negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido”. Por su parte, M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp. 568 ss., afirma sobre el negocio jurídico: “Acto jurídico lícito, constituido al menos por una declaración de voluntad privada -pero que puede estar compuesto por más declaraciones de voluntad y por otros elementos-, acto que el Derecho tutela, reconociéndolo como base (fundamento) para la producción de los efectos que dicho Derecho ordena tengan lugar en congruencia con lo que, a tenor de la declaración, se puede calificar de querido (efectos *ex voluntate*)”.

Como es sabido, puede tratarse de una sola exteriorización de la voluntad o bien de una pluralidad de ellas, si bien en este último caso se unifican esas diversas declaraciones dándoles una denominación conjunta, como por ejemplo, contrato de compraventa, de sociedad, etc. La declaración de voluntad, a la que en ese estudio nos referimos y que entra en juego en Derecho civil, es la declaración de voluntad privada, quedando fuera de su ámbito las manifestaciones de voluntad reclamadas por el Derecho público, ya emanen de autoridades o bien se emitan por los particulares en el ejercicio de los derechos públicos o en cumplimiento de deberes del mismo carácter.

Para finalizar con el análisis introductorio del elemento subjetivo de toda relación jurídica e ir enfocando el objeto concreto de nuestra investigación, nos debemos plantear a continuación si es posible la existencia de un derecho sin sujeto. Sobre esta cuestión han surgido diferentes posiciones doctrinales. Quienes apoyan esta posibilidad entienden que en ese caso nos encontramos ante lo que se denomina una situación interina, de modo que, ante la ausencia del titular del derecho, el mismo se conserva en estado latente. Ciertamente, esta tesis que admite la posibilidad de la existencia de los derechos interinamente sin sujeto se apoya en algunos supuestos que recogía el Derecho romano, como el del ciudadano que caía prisionero del enemigo y perdía la capacidad jurídica, por efecto de una *capitis deminutio*<sup>23</sup>, sin embargo sus relaciones se restablecían de manera íntegra si el ciudadano volvía a la patria (*iuspostliminii*)<sup>24</sup>. Asimismo, otro de los ejemplos de situación interina es el de la herencia yacente, lo que se produce en el periodo de tiempo que transcurre desde la

---

<sup>23</sup> Cfr. D. 4,5,2,2 (*Ulp. 12 ad ed.*); Á. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10.<sup>a</sup> ed. rev. (Pamplona 2004) § 208.

<sup>24</sup> Esta institución no es sin embargo esencialmente romana, existiendo antecedentes en el Derecho mesopotámico y en el griego, si bien en el Derecho romano tiene reconocido un mayor desarrollo. Sobre el Derecho griego, vide A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium* (Milano 1992) pp. 9 ss. Como ejemplo del régimen clásico del *postliminium*, pueden verse *Gai.* 1,129: Pero si el ascendiente fuera tomado prisionero por los enemigos, aunque sea hecho esclavo de los enemigos, no obstante permanece en suspenso, por el derecho de postliminio, la potestad sobre sus hijos, derecho sobre el cual se concede a los que han caído prisionero que, una vez haya regresado, recibirán todo lo que les pertenecía antes; por tanto, cuando regrese, tendrá bajo potestad a sus descendientes. Si, en cambio, muriera en su exilio, sus hijos serían independientes. Pero hay duda de si se cuenta a partir del momento en que murió el padre entre los enemigos o si desde el momento mismo en que fue hecho prisionero. Y respecto del hijo o nieto, si fuera hecho prisionero por los enemigos, lo mismo diremos del derecho postliminio; esto es, que queda en suspenso la potestad del padre. *Gai.* 1,187: Si el tutor fuere cogido prisionero por los enemigos, debe pedirse también tutor, según estas leyes, y éste deja de ser tutor si el que ha sido cogido prisionero regresa a la ciudad; pues al regresar recupera la tutela por el derecho de postliminio. Vide, al respecto, B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium* (Granada 2008) pp. 23 ss., con bibliografía.

muerte del *de cuius* y la aceptación del heredero, de modo que la herencia se conserva como patrimonio autónomo gestionado por quien no es su titular<sup>25</sup>.

Las situaciones jurídicas interinas son las denominadas expectativas de derecho. Frente a las situaciones jurídicas definitivas, existen además otras de carácter provisional, en las que se protegen, no derechos acabados como tales, sino derechos inciertos o que se encuentran en fase de formación. Existen diversas maneras de enfocar dogmáticamente estas situaciones jurídicas interinas. Como ejemplo, puede destacarse la elaboración que recoge Ferrara, atendiendo a los grados de desenvolvimiento de los derechos subjetivos, incluyendo en estos las expectativas de derecho<sup>26</sup>; otros autores, por su parte, reconocen la existencia de un derecho eventual o derecho futuro<sup>27</sup>; por último, Federico de Castro se centra en desarrollar la teoría de las situaciones jurídicas interinas<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> D. 36,4,5,20 (*Ulp. 52 ad ed.*): *Cessatum non accipimus, si pupillus tutorem non habeat nec curatorem furiosus vel adulescens: nam frustratio non debet huiusmodi personis nocere, quae sunt indefensae. certe si hereditas iacuerit aliquo tempore, hoc tempus de medio detrahendum est.* Vide F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil* cit. pp. 246 ss., en referencia al Derecho actual.

<sup>26</sup> En opinión de C. FERRARA, *Trattato di Diritto civile* (Roma 1921) pp. 433 ss.; ID., *L'usufrutto dei crediti nel diritto civile italiano* (Milano 1954) pp. 229 ss., entre no derecho y derecho existe un estado de formación caracterizado por una situación de pendencia o incertidumbre, pues no se sabe aún si concurrirán todos los elementos para que surja el verdadero derecho, sin perjuicio de que exista realmente una expectativa acerca de la existencia futura de aquél. Se pueden diferenciar tres grados de expectativas: 1. Previsiones genéricas de adquisición sin trascendencia jurídica -es el caso del heredero antes de la apertura de la sucesión-; 2. Expectativas de derecho, en este caso existe un hecho adquisitivo, realizado en parte, respecto del que surge una incertidumbre acerca de la existencia misma del derecho o de la pertenencia del mismo, esto es, es indeciso si el derecho surgirá o a quién pertenecerá el derecho ya surgido. Entre tanto la relación está en suspenso, si bien esa expectativa es reconocida por el orden jurídico y produce determinados efectos, de carácter provisional, consistentes en una garantía de la expectativa misma con objeto de asegurar el resultado final -supuesto de los derechos condicionales, pues durante la pendencia de la condición existe una expectativa jurídicamente protegida-. 3. Derechos ciertos, pero todavía no exigibles. Según Ferrara, respecto del caso típico de este supuesto de los derechos a término, la existencia de un término no impide el nacimiento actual del derecho a favor de su titular.

<sup>27</sup> En principio se empleó el concepto de derecho eventual, siendo posteriormente sustituido por el de derecho futuro, entendiéndose por tal, aquél que no existe actualmente -pues su nacimiento depende de la llegada de uno o varios elementos exigidos por la ley-, pero que tiene su base en una situación preexistente, que le confiere valor patrimonial, y separándolo tanto del derecho condicional -derecho ya nacido cuyos efectos están suspendidos-, como de la simple expectativa -que implica la mera esperanza de una ventaja, en conexión de derecho con el momento presente-.

<sup>28</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 606 ss. Por su parte, M. ALBALADEJO, *Derecho civil I*. cit. pp. 469 ss. Entiende que esa interinidad no altera, sin embargo, la situación de poder o señorío en que el derecho consiste, continuando intacta, aun cuando el poder no se halle atribuido a una persona concreta.

En opinión de este autor, la doctrina de las expectativas es errónea, por lo que la sustituye por la de las situaciones jurídicas interinas, entendidas como las que nacen con el signo de la limitación y responden a la finalidad de mantener un *statu quo* mientras no se den las circunstancias necesarias para que sea sustituida la situación interina por la definitiva. Distingue De Castro entre titularidades temporales limitadas, constituidas por derechos sucesivos aplazados; y, por otro lado, las situaciones jurídicas de pendencia, situación de protección jurídica interina a favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo, la cual puede originarse o bien al hacer depender el nacimiento o la pertenencia de un derecho de un suceso futuro e incierto, o bien por disposición de la ley, como modo de reservar los derechos que pudieren corresponder a un sujeto cuya existencia es incierta.

Sin embargo, la teoría que admite la existencia de un derecho sin sujeto ha sido superada prácticamente en la actualidad por una postura más elaborada, de modo que no es posible reconocer la existencia de una facultad o un poder atribuible a alguien si ese alguien no existe; por ello, en opinión de diversos autores, como Castán, ante estas situaciones no se trata de reconocer titularidades jurídicas sin sujeto, sino que se trata de derechos con sujetos transitoriamente indeterminados<sup>29</sup>.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos de toda relación jurídica, el objeto, debemos comenzar por señalar que se trata de la materia sobre la que convergen el poder del sujeto activo y la obligación del sujeto pasivo. En el ámbito del Derecho patrimonial, el objeto está constituido, principalmente, por los actos humanos -prestaciones y servicios-, y por las cosas, tanto materiales como inmateriales que están *in commercium*. El derecho subjetivo supone la existencia de un objeto, es decir, una entidad sometida al señorío o poder del titular del derecho y que sirve de medio para

---

<sup>29</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil* cit. II, pp. 39 ss. Por su parte, L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil* cit. p. 300, entiende que cuando no es aplicable esta construcción, y falta realmente el titular, como en el caso de la institución a favor de persona aún no concebida al tiempo de abrirse la sucesión, o el caso de un título al portador abandonado por su titular y todavía no ocupado por nadie, hay que reconocer que “no existe derecho subjetivo, lo que no impide que pueda haber lugar a una aplicación por analogía de disposiciones relativas a los derechos subjetivos”. Vide F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. p. 582 ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos* cit. pp. 242 ss.; L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 417 ss. Estos autores entienden que no es necesario acudir a la construcción anteriormente señalada, pues en estos casos extremos y especiales se trata de una indeterminación transitoria del sujeto, que coloca al derecho en una situación interina sometida a especial regulación; así afirma De Castro: “La unidad del derecho subjetivo se mantiene al conservar el derecho objetivo la identidad de la situación durante el interregno abierto -que nunca permite sea muy largo- hasta la determinación del nuevo titular”; A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 27 ss.

alcanzar una finalidad concreta<sup>30</sup>. Sin embargo, han surgido diferentes posturas entre los autores en cuanto a considerar la posibilidad de la existencia de una relación jurídica sin objeto.

Ya Gorovtseff reducía a tres las posiciones posibles, en relación con las tres maneras bajo las que se puede considerar la noción de objeto en correlación con la de sujeto. “1.º La manera filosófica, según la cual es objeto todo lo que se representa como estando fuera del sujeto; tanto las cosas materiales exteriores como las acciones humanas, los fenómenos inmateriales. 2.º La manera vulgar, según la cual sólo las cosas materiales son las que constituyen la noción de objeto. 3.º La manera jurídica y social, según la cual, por el contrario, únicamente a las acciones humanas pertenece, en realidad, la verdadera función de objeto”<sup>31</sup>.

La segunda de estas concepciones, que identifica la noción de objeto de Derecho con la de las cosas materiales es, a juicio de este autor, la concepción clásica, que viene de las ideas materialistas de los juristas romanos, reflejadas en la contraposición entre el Derecho de las personas y el Derecho de las cosas. La tercera concepción, en cambio, es la moderna, que según este autor ha pasado por dos etapas diferentes: una negativa, en la que por obra de Kant, Austin, Ortolan y Ahrens, se combate la tesis clásica que atribuye el papel de objeto a cosas materiales exteriores; y otra positiva o de reconstrucción, en la que se elabora la nueva concepción de la noción del objeto, poniendo su centro de gravedad del lado del sujeto mismo, ya en la voluntad del sujeto (Kierulff), ya en la persona del sujeto en general (Gierke), ya, en fin, en su conducta, esto es, en su acción o su omisión (Bierling). Tratando de perfeccionar la teoría, Gorovtseff estima que, puesto que todo derecho no es más que una mutua relación de voluntades regida por la norma y puesto que la acción u omisión del sujeto obligado no

---

<sup>30</sup> F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y Cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes civiles generales, las especialidades de las Legislaciones forales, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil II* (Madrid 1889-1890) p. 472: “El objeto del derecho es todo lo que es susceptible de ser sometido al poder de las personas, como medio para un fin jurídico: cuantas existencias son materias aptas para la realización del derecho en el referido concepto de medios”; la vinculación de la voluntad y el poder se confieren en relación con bienes determinados, que así se someten al señorío del titular. Cabe citar también a D. BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto italiano*, 4.ª ed., T. I, trad. de Santiago Sentís Melendo (Torino 1958) p. 205: “Objeto de la relación jurídica es la entidad sobre la cual recae el interés implicado en la relación y que constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica”.

<sup>31</sup> A. GOROVTSEFF, *Etudes de Principiologie du Droit, I, Théorie de l'objet en Droit* (París 1928) pp. 4 ss.

es sino una manifestación concreta de una restricción de su libertad, el verdadero objeto del derecho no es más que la libertad natural de su sujeto. Lo que obliga a quienes siguen esta orientación a introducir un nuevo elemento en la relación jurídica, distinto del verdadero objeto del derecho, se trata del objeto práctico, o lo que se denomina el objeto del objeto, entendido como la base material de goce que el Derecho protege. Gorovtseff, considerando como sustrato los intereses humanos, de orden material o espiritual, aplica este concepto a toda clase de derechos.

Estas teorías han sido consideradas erróneas por algunos autores, ya que adolecen del grave defecto de confundir el objeto con el sujeto de la relación jurídica; pues aun cuando los derechos subjetivos tengan generalmente por objeto la conducta de una persona, también puede ocurrir que tengan como objeto las cosas sobre las que versan tales derechos, presentándose como objeto inmediato.

Otros autores en cambio, como Clemente de Diego, han diferenciado entre objeto inmediato –acciones u omisiones del sujeto obligado-, y el mediato -las cosas-<sup>32</sup>. Por su parte, Enneccerus señala como objetos del derecho: 1) la propia persona, 2) las otras personas, 3) las cosas, 4) los productos del espíritu, 5) así como los derechos -derechos sobre derechos-<sup>33</sup>. Entiende asimismo el autor, que los derechos tienen un objeto, tanto si son privados, como si son públicos; y en cuanto a la facultad de testar, como la de contratar y otras semejantes, a las cuales no corresponde ningún

---

<sup>32</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español* (Madrid 1941) p. 156; p. 212.: “Representan los objetos del Derecho los medios ordenados por Dios para el cumplimiento del fin humano, en cuanto reciben la protección del Derecho; esos medios son las cosas del mundo exterior y los hombres mismos, la persona, ora propia, ora ajena, en cuanto encierran unas y otras un caudal de fuerzas, energías y elementos disponibles para la consecución del destino humano”. Por su parte, de manera más racional M. ALBALADEJO, *Derecho civil I*. cit. pp. 437 ss., define el objeto como la materia social sobre la que versa la relación jurídica (el bien de que se trate, los servicios prometidos, los vínculos familiares, etc.) y F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil*. cit. pp. 290 ss., reconocen como un elemento en la estructura del derecho subjetivo el objeto, sobre el que recae el ejercicio del poder, no admitiendo la posibilidad de la existencia de un derecho sin objeto; asimismo A. ACEDO PENCO, *Derecho privado* cit. pp. 235 ss., entiende que “las realidades sociales que son objeto de los derechos subjetivos vienen a ser los bienes y las cosas en su más amplia concepción”; R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 419 ss. Se refiere al objeto como sector o ámbito de la realidad social que es acotado por la relación; J. BATALLER, *Curso de Derecho* cit. pp. 131 ss., tratan de objeto de derecho para referirse a aquello sobre lo que recae el poder en que el derecho consiste.

<sup>33</sup> L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil* cit. p. 70.

sometimiento ajeno, es de notar que no son derechos subjetivos, sino simples manifestaciones de la capacidad jurídica<sup>34</sup>.

Un análisis específico sobre esta materia, nos obliga a hacer las siguientes matizaciones. En primer lugar, no parece acertado considerar que la propia persona pueda ser objeto de derecho, lo que implicaría que fuese sujeto y objeto al mismo tiempo, lo cual por otro lado, no es óbice para afirmar que existen derechos que garantizan determinadas manifestaciones de la personalidad o bienes personales (derechos de la personalidad). Los bienes de la persona que obtienen su protección, bien por la vía de los efectos reflejos del Derecho objetivo, bien por la vía de la concesión de verdaderos derechos subjetivos, pueden ser de diversa naturaleza. Hay bienes personales, como la vida, el nombre, el honor; bienes patrimoniales, que se desenvuelven en la esfera de carácter económico que rodea a la persona; y bienes familiares y sociales, relativos al poder de la persona dentro de las organizaciones en las que el sujeto se desenvuelve. La protección de la primera y más fundamental de estas categorías de la persona individualmente considerada se traduce en los denominados derechos de la personalidad<sup>35</sup>.

Por lo que se refiere al supuesto de que el objeto del derecho sea una persona ajena, algunos autores como Castán no admiten esta posibilidad, habida cuenta de que reconociéndose a la persona valor de fin, no puede considerarse como un simple medio sobre el que otro ejerce un poder jurídico<sup>36</sup>; por tanto, no es la persona en sí misma considerada el objeto de un derecho, sino las prestaciones –lo que se materializa en una categoría específica de derechos, estos son, los derechos de obligación-. Asimismo, el autor recién citado entiende que el objeto del derecho puede ser no ya un acto aislado, sino determinadas manifestaciones de la conducta humana -ejemplo de este tipo son los

---

<sup>34</sup> ID., *Ibid.* p. 306.

<sup>35</sup> O. VON GIERKE, *Deutsches, Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Leipzig 1895) p. 702. Este autor define los derechos de la personalidad de modo que, “garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad”. Por su parte, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità* (Milano 1950) pp. 32 ss. afirma: “Aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona” y F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. p. 268 entiende que: “Derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”. L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN, *Los derechos físicos de la personalidad: Derecho somático* (Madrid 1963) p. 56, dan el siguiente significado a nuestro significante: “Aquellos derechos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, psíquicas o físicas, de la persona misma”.

<sup>36</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil* cit. p. 579.



derechos de familia y los derechos públicos, representativos de las relaciones de convivencia y autoridad-. Finalmente entiende por tanto, que los objetos del derecho vienen a ser los actos del hombre y las cosas propiamente dichas, sin perjuicio de que las nuevas teorías que van surgiendo en la época añaden a esta clasificación una categoría más, que es la constituida por los productos del “espíritu humano”, objeto de los llamados derechos sobre bienes inmateriales.

Por último, en cuanto al tercer elemento, el causal, cabe mencionar que toda relación jurídica se deriva de la norma, fuera de la cual no existe ningún elemento al que deba atribuirse el calificativo de jurídico. En opinión de Castán, al que venimos siguiendo en esta primera parte de nuestro trabajo, la relación jurídica tiene su causa en unos hechos jurídicos, que permiten poner en contacto a las partes de una relación jurídica concreta, aquella que es titular de un derecho y la que correlativamente soporta el deber -esto en el caso de relaciones jurídicas obligatorias, no así las reales que dan lugar a una eficacia *erga omnes*-. Savigny formuló la doctrina general de los hechos jurídicos, definiéndolos como “acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan”, y como una especie, la más importante de éstos, las declaraciones de voluntad, es decir, aquellos actos jurídicos que no solamente son actos libres, sino que, según la voluntad del agente, tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho. Por otro lado, Albaladejo conceptúa el hecho jurídico como todo acontecimiento o estado al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho positivo por la producción de un efecto, que es un efecto jurídico, precisamente en cuanto dispuesto por el mismo Derecho<sup>37</sup>.

Las relaciones jurídicas colocan a las personas en diferentes situaciones protegidas<sup>38</sup>. Si bien, la principal y más destacada es la creada por el derecho subjetivo, existen otras que el meritado autor califica de secundarias, distinguiendo entre efectos reflejos de las normas, facultades jurídicas<sup>39</sup>, el conjunto de poderes jurídicos que la

---

<sup>37</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil I*. cit. pp. 553 ss.

<sup>38</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 600 ss.

<sup>39</sup> Es difícil llegar a poder analizar de manera estricta la distinción entre los derechos subjetivos y las facultades jurídicas. Enneccerus se limita a separar las facultades singulares, consideradas como efectos separados de un concepto unitario de poder-facultad del propietario o del usufructuario para usar la cosa o percibir los frutos-, de los derechos subjetivos - que son esos mismos poderes unitarios, tales como la propiedad o el usufructo-. Por su parte, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 600 ss. El autor identifica las facultades jurídicas por su dependencia con respecto a la situación principal,

doctrina engloba dentro de la denominación de derechos de formación o modificación jurídica<sup>40</sup>, y por último las situaciones jurídicas interinas, que ya tratamos con anterioridad.

Una cuestión interesante a discutir es la relativa a la naturaleza de los llamados derechos de formación o modificación jurídica. Existen autores que los consideran verdaderos derechos, mientras que otros defienden que no se trata en este caso de derechos subjetivos como tales<sup>41</sup>.

### C. Relación jurídica y presencialidad

Para ser sujeto de una relación jurídica es necesario adquirir personalidad jurídica, para lo que se requiere, por otro lado, ser persona. Persona y personalidad son dos conceptos diferentes, si bien íntimamente interrelacionados, y que no pueden confundirse, aunque de facto así ocurra en la realidad. La persona es todo ser capaz de

---

definiéndolas literalmente como “la posibilidad de actuar garantizada a la persona como consecuencia de una situación jurídica”. En este sentido, las facultades jurídicas se caracterizan, según De Castro, por constituir un ámbito de actuación libre, concedido y garantizado por el Derecho; carecer de independencia, pues vienen vinculadas a una situación jurídica principal: “Se manifiesta su peculiaridad en que no pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas, activa o pasivamente, más que en unión de la situación de la que dependen, mientras no se independicen formando nuevo derecho subjetivo”.

<sup>40</sup> Vide L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil* cit. pp. 294 ss.; C. FERRARA, *Trattato* cit. pp. 341 ss.; G. MESSINA, *Sui cosiddetti diritti potestativi, Scritti giuridici*, Vol. V (Milano 1948) pp. 3 ss.; F. de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 603 ss. Según estos autores, respecto de los derechos de formación o modificación jurídica, se trata de una figura intermedia entre las simples facultades jurídicas y los verdaderos derechos subjetivos, casos en los que determinadas personas tienen poder para provocar un efecto o una modificación jurídica -el nacimiento, la extinción o la modificación de derechos subjetivos-, así, aun cuando el efecto que produzca alcance a la esfera jurídica de otras personas, es independiente de la voluntad y actividad de éstas, de modo que no implica acción dirigida contra ellos directamente.

<sup>41</sup> Así C. FERRARA, *Trattato* cit. pp. 347 ss., entiende que no se trata de verdaderos derechos, sino de facultades jurídicas. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil* cit. pp. 603 ss., entiende que los derechos potestativos engloban una serie de facultades inconcretas, algunas derivadas de la capacidad jurídica y otras de la capacidad negocial -capacidad de hacer negocios-, y en otras ocasiones son simplemente poderes derivados de determinados derechos reales o de crédito. Considera que esta clasificación de los derechos potestativos es inútil, habida cuenta de la falta de existencia de una característica común, así como que, tampoco existe una regla aplicable al conjunto de figuras jurídicas que encajan dentro del conglomerado de los denominados derechos de formación jurídica.

derechos y obligaciones, sin embargo la personalidad jurídica es la aptitud para ser titular activo o pasivo de relaciones jurídicas<sup>42</sup>.

Observemos la importantísima evolución, desde el Derecho en los tiempos de Roma hasta nuestros días, respecto de la adquisición de la capacidad jurídica por una persona. En Roma la personalidad era consecuencia del *status* de *pater familias*, no siendo por tanto un atributo de la naturaleza humana. Asimismo, existían tres estados de los que podía gozar un sujeto, cuales eran el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*. Es decir, la posición de un individuo respecto a la libertad, la ciudadanía y la familia<sup>43</sup>.

Pues bien, para gozar de plena capacidad jurídica era necesario que concurrieran tres requisitos en la misma persona, esto es, ser libre (no esclavo), ser ciudadano, puesto que los extranjeros no podían participar del *ius civile*, y además ser *sui iuris* o jefe de

---

<sup>42</sup> El concepto de persona puede revestir diversos sentidos. En el plano vulgar, el término persona es sinónimo de hombre. En el filosófico, para los antiguos metafísicos, persona era -según la clásica e insuperable definición de Severino Boecio- una sustancia individual de naturaleza racional – *natura rationalis individua substantia*-, o bien el supuesto dotado de entendimiento, concepto equivalente al anterior, pues en el orden ontológico el término supuesto indica sustancia o ser que subsiste por sí, y las sustancias se hacen individuales por la subsistencia. En relación con ello afirma M. ARAMBURU, *Filosofía del Derecho* II (Nueva York 1928) p. 11: “Se ha formado por progresiva adición de valores metafísicos: a la idea de realidad se añade la de sustancia, a la de sustancia la de integridad sustancial o supuesto y a ésta la de racionalidad, última diferencia que peculiarmente caracteriza a la persona. Y como en todo ser racional se dan estos elementos de su composición ontológica, viene a parar lógicamente en la identificación del mismo con el ser personal, de modo que no hay ni puede haber ser dotado de razón que no constitutiva persona, ni persona que carezca de naturaleza racional”. A ello se pueden añadir las consideraciones de F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil* II cit. p. 111, según el cual, en sentido jurídico, para comprender en el concepto de persona las dos grandes categorías, naturales y morales, dice que es persona “toda entidad física o moral, real o jurídica y legal, susceptible de derechos y obligaciones o de ser término subjetivo en relaciones de derecho”; y L. MENDIZÁBAL Y MARTÍN, *Elementos de Derecho natural* II (Zaragoza 1904) pp. 34 ss., quien considera más correcto decir que persona, en sentido jurídico, es “la persona, en cuanto puede ser sujeto de derecho; y aun de obligación, cuando se halla en circunstancias que le habiliten para ello”. Se funda en que, mientras toda persona jurídica puede adquirir y tener derechos, para ser sujeto de deber necesita hallarse en circunstancias adecuadas, dado que si no comprende el alcance de la obligación, no puede contraerla, y si no tiene fuerzas o medios para cumplirla, no se le podrá imponer su cumplimiento. C. FERRARA, *Trattatocit.* pp. 443 ss.: “La persona es un concepto puramente formal jurídico que no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido [...]. No por la naturaleza, sino en fuerza del reconocimiento del Derecho objetivo, es el hombre persona [...]. La historia nos enseña que durante largos siglos hubo clases de hombres a las que se negaba la cualidad de sujetos de derecho, y que los hombres podían perder su capacidad entrando en un claustro o por condena penal (muerte civil) [...]. Y no sólo nos da el Derecho ejemplos de hombres que no son personas, sino también de personas que no son hombres. Divinidad y santos, animales y plantas, difuntos y ánimas, han sido reconocidos en diversos periodos históricos como titulares de derechos”; M. ALBALADEJO, *Derecho civil* I cit. pp. 213 ss.; F. CAPILLA RINCERO, *Derecho civil* cit. pp. 152 ss., exponen la teoría de la construcción jurídica del concepto de persona; vide también A. ACEDO PENCIO, *Derecho privado* cit. pp. 49 ss.; R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 78 ss.

<sup>43</sup> Á. D'ORS, *Derecho privado romano* cit. § 207.

familia, lo que viene a ser lo mismo que no estar sometido a la potestad de otro. Sin embargo, en el Derecho moderno, la personalidad jurídica es consecuencia de la propia naturaleza humana y se atribuye a cualquier individuo<sup>44</sup>. Desaparecida la esclavitud, reconocido el goce de derechos civiles a extranjeros y admitido que la dependencia familiar no altera la capacidad de derecho, ya no está la personalidad ligada a la posesión de cualidad alguna, y se puede considerar una emanación de la naturaleza racional humana<sup>45</sup>.

Esto es lo que ocurre con el nacimiento de una persona, hecho por el que la misma adquiere personalidad jurídica como tal, aunque respecto del momento concreto en el que se adquiere personalidad jurídica han surgido diversas teorías. Así, la teoría de la concepción estima que el concebido, aun no nacido, adquiere plena personalidad jurídica, ya que al concebido se le considera hombre y la personalidad jurídica es un atributo del mismo<sup>46</sup>. Por otro lado mencionamos la teoría que defiende que la personalidad jurídica viene asociada al nacimiento con vida<sup>47</sup>. Asimismo, existe una

---

<sup>44</sup> L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. p. 231. La persona, el sujeto de derechos subjetivos, es decir, de deberes y obligaciones, o titular de facultades atribuidas por una relación jurídica, viene a ser un *príus* respecto del ordenamiento jurídico, como un todo, ya que el Derecho es para las personas, y no éstas para el Derecho, como manifiestan estos autores, si bien, desde un punto de vista técnico, el concepto de persona aparece como categoría formal que puede hacer pensar que la personalidad viene conferida por el Derecho, F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil*. cit. pp. 201 ss.; A. ACEDO PENCO, *Derecho privado*, cit. pp. 71 ss.; R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 115 ss.; J. BATALLER, *Curso de Derecho* cit. pp. 94 ss.; A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 66 ss.

<sup>45</sup> Es discutida la cuestión de la naturaleza de la personalidad jurídica, entre los civilistas y los filósofos del Derecho. ¿Es una realidad natural, un sustrato real, o una mera categoría jurídica, un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier sustrato? Al respecto, debemos mencionar a C. FERRARA, *Teoría delle persone giuridiche* (Nápoles 1923) pp. 356 ss., para el que las teorías normativistas, formalistas o puramente jurídicas, la personalidad es una atribución del orden jurídico. Siguiendo a M. ARAMBURU, *Filosofía* cit. pp. 14 ss., para las teorías iusnaturalistas, la personalidad es un atributo esencial del ser humano, inseparable de éste, ya que, como ser racionalmente libre, le corresponde la capacidad de querer y de obrar para cumplir su fin jurídico. Las teorías de cada uno de estos dos grupos representan, más que soluciones distintas, dos aspectos diferentes; las teorías formales se fijan principalmente en el problema dogmático o de ciencia jurídica positiva: cuándo existe una determinada ordenación y cómo se reconoce la persona jurídica. Las teorías realistas atienden, sin embargo, al problema ético-jurídico y jurídico-ideal, lo que se traduce en tratar de dilucidar a qué entidades y en qué condiciones debe ser concedida la personalidad jurídica. Vide también M. ALBALADEJO, *Derecho civil* I cit. pp. 230 ss., como muestra de la doctrina civilista española.

<sup>46</sup> J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del "nasciturus"* (Madrid 1946) pp. 33 ss. El autor defendió esta teoría, junto con el profesor Casajús, quien basándose en datos de la Embriogenia, de la Fisiología y de la Psicología, afirmaba que el hombre existe desde la concepción, y por ende, siendo la capacidad inherente al hombre, desde el momento de la concepción debe ser reconocida. La imposibilidad de determinar el tiempo de la concepción es un inconveniente serio de esta doctrina.

<sup>47</sup> Se basa esta teoría en que el feto no tiene vida independiente de la madre, y en que el reconocimiento de su personalidad tropezaría con el inconveniente práctico de la imposibilidad de determinar el momento

teoría ecléctica que entiende que la personalidad surge con el nacimiento si bien, acudiendo a una ficción jurídica, se reconoce que se puedan retrotraer los efectos del nacimiento al de la concepción; esto conlleva, en definitiva, que se tenga al concebido por nacido para todos los efectos que le sean favorables<sup>48</sup>.

La teoría de la viabilidad por su parte reconoce personalidad jurídica al nacido que reúna además la capacidad de continuar viviendo fuera del claustro materno, con la complicación que implica, el hecho de determinar con precisión, las condiciones y signos de viabilidad<sup>49</sup>. Tanto en el ámbito doctrinal como en el legislativo, la teoría del nacimiento es la más expandida y aceptada. El concebido es considerado una esperanza de hombre –*spes hominis*–; los derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican ficción alguna, pues son un caso de protección de

---

de la concepción. El Derecho romano seguía este criterio. Los que nacían muertos no adquirían capacidad jurídica y no podían por tanto considerarse sujetos de derechos. D. 50,16,129 (*Paul. 1 ad l. Iul. et Pap.*): *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt*. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e Instituciones* (Barcelona 1951) pp. 37 ss.: “En el Derecho romano falta una teoría general acerca de los requisitos del nacimiento. Las decisiones jurisprudenciales se mueven en torno a cuestiones prácticas, donde no se discute la cuestión de la capacidad, sino el específico problema de saber el papel que juega el nacimiento en su referencia al fin que persigue una ley particular”. No obstante se llegó, en Derecho justiniano, a la formulación, con carácter de generalidad, de los requisitos que habían de acompañar al nacimiento y que pueden ser enunciados así: 1º Nacimiento efectivo, esto es, total desprendimiento del claustro materno; 2º Nacimiento con vida; y 3º. Forma humana del nacido. Sobre el particular, en nuestra doctrina civilista: F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil*. cit. pp. 185 ss.; A. ACEDO PENCO, *Derecho privado* cit. pp. 50 y ss.; R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 117 ss.; J. BATALLER, *Curso de Derecho* cit. pp. 98 ss.; A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 69 ss.

<sup>48</sup> Tiene su origen en el Derecho común que, sobre la base de algunos textos de Derecho romano, formuló la regla *conceptus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo agitur*. Esta teoría es calificada de falsa e innecesaria por algunos autores. P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. de L. Bacci y A. Larrosa (Madrid 2002) p. 39. Según este autor, el pasaje de Juliano recogido en D. 1,5,26 (*Iul. 69 dig.*) *Qui in utero sunt in toto paene iure civile intelliguntur in rerum natura esse*, y el proverbio vulgar *conceptus o nasciturus pro iam nato habetur*, deben ser admitidos con cautela y con las debidas restricciones: tomados al pie de la letra son falsos y están en contradicción con otros textos romanos que niegan la personalidad del que está por nacer. “El verdadero principio es el siguiente: el concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, *in fieri*, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido, y, además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento.”

<sup>49</sup> B. DUSI, *Instituzioni di dirittocivile*, ed, revisada por M. Sarfatti (Torino 1943) p. 66: “El que habiendo nacido vivo no es viable por tener en los órganos esenciales de la vida defectos tales que inexorablemente le condenen a sucumbir en breve tiempo, no servirá más que de anillo de transmisión de derechos hereditarios, si fuese capaz de suceder, y esto es lo que la ley ha querido impedir”.

intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos<sup>50</sup>.

En el Derecho español se han observado diversas maneras de considerar la adquisición de la personalidad jurídica a lo largo de la historia. En las Partidas se recogió el criterio del Derecho romano, consistente en la necesidad de la concurrencia del requisito del nacimiento con vida humana para adquirir capacidad jurídica.

Esta fórmula fue recogida en sus orígenes por nuestro Código Civil de 1889 en su artículo 30, según el cual: “Para los efectos civiles sólo se reputará nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.”

Sin embargo, lejos de pensar que el citado Cuerpo legal da una respuesta clara a la cuestión que abordamos, el artículo 29 sienta un principio general, como es que “El nacimiento determina la personalidad”; para a continuación pronunciarse siguiendo la teoría ecléctica, afirmando que: “El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo 30”, exigiendo por tanto un requisito de viabilidad, al requerir un determinado plazo de vida extrauterina.

Sin embargo, este criterio ha quedado desvirtuado, ya que, en este punto, debemos señalar la actual modificación del Código civil en esta materia, en virtud de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro civil*, la cual da nueva redacción al artículo 30, en virtud del cual: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.” Por tanto, ya no se exige un mínimo periodo de tiempo de vida extrauterina para poder adquirir personalidad jurídica<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Vide G. CHIRONI-L. ABELLO, *Trattato di dirittocivile* (Torino 1904) p. 175: “El feto aunque recluso en el claustro materno, vive, así como esta vida revela el progreso formativo del organismo, que, según el orden necesario de la naturaleza, debe desenvolverse y cumplirse en términos fijos, la ley durante tal periodo, en el cual no hay todavía un hombre, pero éste se forma, según naturaleza, considera la esperanza del hombre como ente al cual sea justo conservar los intereses que cuando nazca y exista como persona le serán admitidos como derechos”.

<sup>51</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp. 218 ss., se venía a pronunciar en el sentido que ahora ha tomado esta nueva redacción dada al artículo 30 C.c., afirmando que todo niño es persona desde el momento en que nace sin necesidad del transcurso del plazo de las veinticuatro horas, ni siquiera un

En cuanto a la pérdida de la capacidad jurídica, desaparecida del Derecho positivo la institución de la muerte civil -que se aplicaba a los religiosos profesos y a los condenados a determinadas penas, y que llegó hasta el Código de Napoleón, del que fue suprimida por una Ley de 1854-, no queda más que la muerte natural como causa de tal extinción.

Nuestro Código civiliza en el artículo 32, párrafo primero: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.”

Sin embargo, aunque la muerte extinga la personalidad, es decir, la potencialidad de crear nuevas relaciones, no destruye las ya constituidas y pendientes aún de cumplimiento, pues en virtud del artículo 659 del mismo Cuerpo legal -como efecto de la sucesión hereditaria- los derechos y las obligaciones del difunto, salvo los personalísimos, se transmiten a los herederos<sup>52</sup>. Los derechos de la personalidad y los de familia son, por regla general, intransmisibles, y también lo son, como es sabido, algunos derechos patrimoniales -reales o de obligación-<sup>53</sup>. La sucesión de una persona puede ser ocasionada de manera *inter vivos* o *mortis causa*, ésta última es la que nos interesa, habida cuenta del objeto del presente trabajo<sup>54</sup>.

---

minuto: “se es inscribible desde que se nace, a pesar de la letra de los artículos 40 y 42 de la Ley del Registro civil de 1957.”

<sup>52</sup> En términos jurídicos, sucesión implica la sustitución en la titularidad de los derechos o en las relaciones o situaciones jurídicas. En Derecho romano predominó en el significado de sucesión, más que la idea de transmisión o derivación de derechos, la de sustitución en las relaciones o posiciones jurídicas. J. IGLESIAS, *Derecho romano* cit. pp. 537 ss., lo expresa así: “*Succedere* no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación. Tanto en el Derecho público -hábese de los cargos magistratuales- como en el Derecho privado de la herencia, *successio* no significa otra cosa que reemplazo en la situación jurídica. El sucesor sigue al antecesor, como una onda sigue a otra onda, si nos valemos de la imagen horaciana”.

<sup>53</sup> F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil* cit. pp. 193 ss; R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 130 ss; A. ACEDO PENCO, *Derecho privado* cit. pp. 57 ss. La sucesión puede definirse como la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra, integrada la idea de la sucesión por dos elementos: el cambio de sujeto y la identidad de la relación de derecho, permaneciendo la misma antes y después de la transmisión.

<sup>54</sup> La sucesión *mortis causa* es un concepto difícil de definir, en primer lugar por la complejidad que reviste el carácter de universal, en su caso. Así, A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale* (Milano 1954) p. 4, expone que, a consecuencia de la muerte de un sujeto de derechos se realiza una transferencia de éstos, una sucesión de otros sujetos en los derechos que correspondían al difunto. Pero no sólo se da sucesión en los derechos. Aparte de que la muerte determina la extinción de algunos derechos y puede dar origen a derechos nuevos, lo que diferencia a la sucesión *mortis causa* de cualquier otra sucesión es que en ella, además de la sucesión en los derechos, hay también sucesión en las obligaciones y en la posesión.

En este epígrafe tratamos de la presencialidad en las relaciones jurídicas, de modo que, antes de analizar de manera pormenorizada el concepto de ausencia, su régimen jurídico y la evolución del mismo a lo largo de la historia, cabe afirmar que los estados de presencia o ausencia de un sujeto influyen decisivamente en las relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la capacidad jurídica del mismo. Así, afirma Sánchez Román: “La presencia es, en general, en las relaciones jurídicas, causa de la vitalidad del derecho; ella produce toda efectividad legal, tanto en su creación como en su permanencia y caducidad; es el sello de la personalidad, o sea el elemento subjetivo del derecho, así como de su objetividad, y de la relación que entre ambas se produce; sin ella no se conciben la ciudadanía, la vecindad, el domicilio, el estado civil, la posesión, las adquisiciones por cualquier modo o título, el contrato celebrado, la familia, la sucesión hereditaria, etc., etc.”<sup>55</sup>.

La relación jurídica consta de diversos elementos, como ya analizamos en líneas anteriores, y entre ellos destacamos, habida cuenta del objeto del presente estudio, el elemento subjetivo, esto es, el sujeto de derecho. Pues bien, la presencia del mismo es un requisito de efectividad del propio derecho, ya que no podemos entender como verdadero derecho el que surge o sobreviene sin titular, pues en estos casos surgirá una situación diferente, una pendencia jurídica, pero no un verdadero derecho subjetivo.

---

Otro de los problemas se plantea cuando la sucesión mortis causa es a título particular, pues en cierto modo queda desnaturalizada, en opinión del mencionado autor, ya que más que transferencia o sucesión en sentido técnico implica una adquisición directa por el sucesor de bienes concretos e individualizados. Así, F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, T. V, Vol. 1 (Madrid 1957) p. 4, nota 4, dice: “La adquisición a título particular no supone una subrogación en la titularidad jurídica del causante, sino la adquisición de la cosa singular. El adquirente no reemplaza al transmitente en su posición jurídica, por ello el legatario no es un sucesor, sino un adquirente directo”.

El Derecho romano clásico reconoció como forma única de *successio*, la que después fue llamada sucesión universal. J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano II* (Madrid 1958) p. 270: “Hoy, después de los trabajos de Longo, Bonfante y De Francisci, principalmente puede decirse que es creencia general la de que el concepto amplio de *successio* es propio del Derecho romano-bizantino. En el Derecho clásico, *successio* era pura y sencillamente la que después se adjetivó como *successio in universum* o sucesión universal. Los actos adquisitivos a título singular no implicaban, para los jurisconsultos romanos, la idea de *successio*, fenómeno que consistía para ellos en que una persona se colocase en la misma posición jurídica en la que antes había estado otra, produciéndose la adquisición como la mera consecuencia de esta suplantación. En las transmisiones a título singular esto no suele acontecer”. Según A. D’ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (Pamplona 1959) p. 174: “El sucesor es siempre de toda la herencia; universal y no particular; solo en época posclásica se habla de sucesión particular cuando hay transferencia de bienes aislados”. Al respecto, en referencia al Derecho vigente, vide F. CAPILLA RONCERO, *Derecho civil* cit. pp 193 ss.; A. ACEDO PENCO, *Derecho privado* cit. pp. 56 y ss.; R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 130 ss.; J. BATALLER, *Curso de Derecho* cit. pp. 103 ss.; A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 76 ss.

<sup>55</sup> F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil* cit. II p. 360.



El titular de un patrimonio, por otra parte, puede desatender sus relaciones jurídicas una vez que éstas ya son una realidad de manera voluntaria o involuntaria, que en algunas ocasiones, las más de las veces, irá acompañado de un desconocimiento de su paradero o incluso de su propia existencia. La falta de presencia del sujeto, en determinadas ocasiones, puede implicar una falta de manifestación de su voluntad, el desgobierno de su patrimonio y, en general, de sus relaciones jurídicas ya nacidas. Como consecuencia de lo anterior podrían verse perjudicados los intereses individuales de la persona ausente, y a la vez los de quienes mantienen relaciones jurídicas con él. La protección de tales intereses se convierte en el germen de la necesidad del establecimiento de un régimen jurídico de los ausentes, siendo esa protección lo realmente trascendente, en términos jurídicos, de la situación de ausencia<sup>56</sup>.

Esta inseguridad jurídica que surge por la no presencia de una persona, no se produce en cambio por el hecho del fallecimiento de un sujeto, ya que en este último caso existe un régimen jurídico específicamente sucesorio, el cual permite la continuidad jurídica del fallecido en la persona de su sucesor. No puede predicarse lo mismo respecto del ausente. Para que sea posible la aplicación del régimen jurídico sucesorio es necesario que se constate el hecho del fallecimiento del sujeto, lo cual no ocurre en el supuesto de la ausencia, salvo que transcurran los plazos y circunstancias previstos legalmente para considerar al ausente causante de su propia herencia<sup>57</sup>.

Reconocida la importancia del establecimiento de un régimen jurídico aplicable a la ausencia, como un mecanismo que garantice la seguridad jurídica tanto respecto de los intereses del ausente como de los terceros que mantienen relaciones jurídicas con él, debe atenderse a la dificultad de agrupar los problemas a que da lugar la falta de gobierno y de operatividad jurídica de un individuo cuyo paradero o existencia se

---

<sup>56</sup> Con el establecimiento de un régimen jurídico que trate la ausencia se trata de garantizar seguridad jurídica, ante los posibles conflictos que pudieren derivarse. El concepto de seguridad jurídica debe entenderse en este punto tal como lo hace F. ARCOS RAMÍREZ, *La seguridad jurídica. Una teoría formal* (Madrid 2000) pp. 35 ss., el cual se refiere a la certeza que surge del exacto conocimiento de las normas jurídicas, de su existencia y vigencia.

<sup>57</sup> Nuestro Código civil trata la ausencia en el Título VIII, el cual incluye tres Capítulos: Primero, Declaración de ausencia y sus efectos (arts. 181-192); Segundo, De la declaración de fallecimiento (arts. 193-197); y Tercero, De la inscripción en el Registro civil (sustituyendo a la rúbrica anterior “Del Registro Central de ausentes”), en virtud de la reforma operada en esta materia por Disposición final primera de la Ley 15/15, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* (art. 198).

desconoce. Debido a esa dificultad la doctrina clásica civilista ha venido denominando a la ausencia *crux iuris studiosorum*<sup>58</sup>.

En los tiempos antiguos las personas se encontraban más ligadas a su tierra de procedencia por motivos personales y básicamente laborales y económicos; sin embargo, el desarrollo de las relaciones comerciales amplió el horizonte de actuación de los seres humanos. Ahora, el desarrollo de las nuevas tecnologías, que permite a un empresario, por ejemplo, mantener diversas relaciones jurídicas en diferentes territorios en un mismo momento incluso, a pesar de que la evolución no ha permitido aún atribuir al ser humano el don de la ubicuidad. Además el desarrollo de la medicina forense ha desarrollado técnicas que permiten identificar con certeza casi absoluta los restos mortales de un desconocido. Con ello queremos resaltar que con esta evolución es cada vez menos complejo poder obtener noticias de una persona, y con ello cada vez más difícil poder encontrarnos ante una situación de verdadera ausencia física. Debemos adelantar, sin embargo, que no toda falta de presencia de un sujeto implica su ausencia en el sentido jurídico del término<sup>59</sup>.

Por lo demás, siendo necesaria la presencia de los sujetos de derecho para la efectividad del mismo, dicha comparecencia puede tener lugar de manera física o bien de modo virtual o telemático, a través de medios tecnológicos, que evidencien la voluntad de las personas. Así, con el desarrollo de las TIC, es incluso difícil actuar en el tráfico ordinario sin dejar huellas de dicha actuación. Igualmente, se ha facilitado la intervención del sujeto de derecho para poder manifestar su voluntad de manera telemática, como es el caso de la posibilidad de comparecer en juicio mediante videoconferencia, como medio que facilita la presencia de testigos y peritos en la vista oral<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia en Derecho sustantivo y adjetivo* (Madrid 1936) pp. 13 ss.; I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia en el Derecho español* (Madrid 1943) p. 3.

<sup>59</sup> A. DE COSSÍO, *Teoría general de la ausencia*, en RDP. 300 (febrero 1942) p. 86. “Para llegar al concepto técnico de ausencia es preciso añadir a esta idea primera de la falta de presencia una segunda: la incertidumbre de la existencia, producida por el transcurso del tiempo y la falta de noticias”.

<sup>60</sup> F. CANTALAPIEDRA, *Justicia electrónica: La videoconferencia facilita la presencia de testigos y peritos en los juicios*, en *El País* (10 de Julio de 2003). [http://elpais.com/diario/2003/07/10/ciberpais/1057804531\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2003/07/10/ciberpais/1057804531_850215.html) (Consulta de 21 de febrero de 2012). Se refiere el autor al caso más famoso de los conocidos por la Audiencia de Valladolid; fue la primera vez que se admitió declarar por Internet a un testigo que se encontraba en Paraguay, ya que, debido a su lejana ubicación, su presencia en España se dificultaba y encarecía, salvando con ello una

Sobre la incidencia de esta nueva realidad en la regulación de la ausencia, trataremos en el epígrafe siguiente.

## **II. AUSENCIA: UN CONCEPTO POR REDEFINIR ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Las consecuencias que se originan por el hecho de que un sujeto se encuentre en situación de ausencia, entendida en el sentido técnico-jurídico moderno, o simplemente desaparecido, son muy notables desde el punto de vista del Derecho, como trataremos de exponer a lo largo de este trabajo. Lo relevante es que tales efectos pueden ocasionarse tanto si la desaparición ha sido voluntariamente provocada por el sujeto como si lo ha sido de manera involuntaria<sup>61</sup>.

Los casos más frecuentes de desaparición que podemos encontrar en la vida real son los de enfermos que pierden la orientación y no saben regresar a su domicilio, los de jóvenes internados en centros en régimen abierto que salen del establecimiento y no regresan, los de adolescentes que no se atreven a entregar las calificaciones académicas a sus padres o tutores, o aquellos que sufren acoso escolar -habiéndose aumentado considerablemente en los últimos años el número de estos supuestos-, así como personas con tendencias suicidas<sup>62</sup>. Asimismo las estadísticas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado indican que entre los desaparecidos predominan las mujeres, los menores de edad y personas solteras<sup>63</sup>. Sin embargo ha quedado probado que tales

---

difficultad “aparentemente insalvable”. En este artículo se recoge la declaración de Jesús Manuel Sáez Comba, Presidente de la Audiencia de Valladolid: “no se trata solamente de testigos que vivan alejados del lugar donde se celebra la vista. Muchas veces tenemos que recurrir a peritos altamente especializados que no pueden multiplicarse entre las varias salas y provincias donde son necesarios sus servicios”. El avance tecnológico en materia de justicia ha llegado a ser materia de regulación por la Ley 18/2011, de 5 de julio, *reguladora del uso de las TIC en la Administración de justicia*.

<sup>61</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 161 ss., enumera las distintas situaciones en relación con la ausencia que prevé el Código civil, la primera de las cuales es la simple desaparición de la persona que preceptúa el artículo 181, situación para la que se establece la posibilidad de adoptar una serie de medidas provisionales, dirigidas a la protección y defensa del patrimonio del desaparecido, que se van a adoptar independientemente de que esa situación haya sido o no ocasionada de manera voluntaria por el mismo desaparecido.

<sup>62</sup> [www.sosdesaparecidos.es](http://www.sosdesaparecidos.es) (Consulta de 30 de julio de 2013)

<sup>63</sup> [www.eldia.es](http://www.eldia.es) (Edición del 17 de marzo de 2007) (Consulta de 30 de julio de 2013)

estadísticas no son fiel reflejo de la realidad, ya que la policía ha declarado en varias publicaciones que el número real de desapariciones es imposible de conocer, dado que es muy frecuente que muchas familias acudan a las comisarías a presentar una denuncia y luego se olviden de retirarla, una vez que la persona es encontrada o regresa a su domicilio, aunque hayan transcurrido unas horas o varios días, o bien que se denuncie la desaparición de una persona varias veces, y los supuestos más frecuentes de fugados, como los menores que regresan a los centros de acogida sin que llegue a comunicarse dicho regreso<sup>64</sup>.

Existen supuestos en los que el desaparecido no se coloca en dicha situación de manera intencionada, el caso más usual en la actualidad es el de los desaparecidos por haber sufrido un accidente de tráfico. Sin embargo, hay casos en los que la desaparición es absolutamente voluntaria, es decir, personas que ajenas a la angustia que su desaparición provoca en su familia y a su entorno social, laboral, o de otra índole, desean no ser localizadas<sup>65</sup>.

Nos planteamos cuál es el panorama actual que se presenta con las TIC y los rastros que las mismas dejan respecto de nuestros datos personales en las diversas plataformas: Diarios oficiales, Boletines oficiales<sup>66</sup>, redes sociales, registros telefónicos y bancarios, etc., aun en contra de la voluntad del que pretende dejar de actuar, colocándose con ello en una situación de desaparición que podemos denominar voluntaria.

Por otra parte, el desarrollo de la comunicaciones ha supuesto la necesidad de modificar diversas instituciones, tales como el tratamiento de datos de carácter personal; en materia procesal, por ejemplo, el establecimiento de medios técnicos avanzados que

---

<sup>64</sup> [http://www.lavozdeasturias.es/asturias/desaparecidos-ano-Asturias\\_0\\_657534350.html](http://www.lavozdeasturias.es/asturias/desaparecidos-ano-Asturias_0_657534350.html) (Edición del 5 de marzo de 2012) (Consulta de 30 de julio de 2013)

<sup>65</sup> [http://www.lavozdeasturias.es/asturias/desaparecidos-ano-Asturias\\_0\\_657534350.html](http://www.lavozdeasturias.es/asturias/desaparecidos-ano-Asturias_0_657534350.html) (Edición del 14/05/2012) En estos casos ha declarado la policía: “no puedes obligar a un adulto a volver, pero le pides que al menos llame para decir que está bien.” (Consulta de 30 de julio de 2013)

<sup>66</sup> I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos y sus mundos* (Pamplona 2009) pp. 174 ss., destaca la importancia de la implantación de las nuevas tecnologías en las Entidades locales, a través de la Ley 57/2006, de 16 de diciembre, *de medidas de modernización del gobierno local*, que dispone en su Exposición de motivos, “En materia de participación ciudadana, se establecen unos estándares mínimos que constituyen los mecanismos necesarios para su potenciación:... la aplicación necesaria de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación de forma interactiva, para facilitar la participación y comunicación con los vecinos, puede constituir un importante instrumento participativo”.

han facilitado la presencia del sujeto en el procedimiento de manera virtual, o incluso la admisión de nuevas formas de práctica de la prueba en el acto del juicio. Ha habido cambios en el concepto de domicilio -anteriormente basado en un criterio estrictamente físico y territorial- o bien en materia fiscal, el nuevo concepto de comercio electrónico afecta a la tributación del IVA, por hablar sólo de un puñado de casos.

El desarrollo de las TICs que venimos anunciando, y que se ha desarrollado de manera especial a lo largo de las últimas décadas, ha promovido la existencia de información sobre desaparecidos en internet, a través de la creación de diversas webs que versan sobre la materia y tratan de dar apoyo a los familiares y al resto de afectados por la desaparición de un ser querido<sup>67</sup>. A pesar de la evolución de la técnica, los casos de desaparición de personas son más frecuentes de lo que nos pudiéremos imaginar; ello sin perjuicio, claro está, de importantes avances en las investigaciones, dándose unaintervención casi inmediata en lo que se denominan las «desapariciones inquietantes», es decir, en casos de personas que no den indicios de que hayan provocado su desaparición de manera voluntaria, y en los que no es necesario esperar el mínimo 24 horas para presentar la denuncia , siendo posible comenzar a trabajar de inmediato.

El número real de los desaparecidos en España es complicado de determinar, e incluso hay quien entiende que no es posible proporcionar un dato oficial<sup>68</sup>. Lo cierto es que llega a afirmarse una conclusión, derivada de la información vertida por los medios

---

<sup>67</sup> [www.abc.es](http://www.abc.es) de 19 de junio de 2012 (Consulta de 30 de julio de 2013), publica una entrevista al Presidente de la Asociación SOS Desaparecidos, organización que sin ánimo de lucro trata de cooperar en la localización de las personas desaparecidas y de apoyar a las familias. En ella se afirma: “Nadie está preparado psicológicamente para vivir día tras día con la experiencia de tener un familiar desaparecido. Necesitamos una página final para poder continuar. Nuestro día a día consiste en aprender a sobrevivir”. Son las palabras con las que Joaquín Amills describe un sentimiento común a los familiares de las entre 12.000 y 14.000 personas que están desaparecidas en nuestro país. Un sentimiento al que, asegura, con el paso de los días, meses y años, se le suma el de la «autoculpabilidad», que a su vez convive con las miles de preguntas que surgen en su cabeza sobre el paradero de su desaparecido, en este caso, su hijo.

<sup>68</sup> El Presidente de la Asociación SOS Desaparecidos, en la entrevista aludida en la nota inmediatamente anterior, continúa exponiendo que no es posible hacer referencia a una cifra de desaparecidos de carácter oficial, “simplemente no la hay”, se puede dar tan solo una cifra estimada junto con otras asociaciones y gracias a la ayuda de los familiares. “Es una cifra que nosotros hemos barajado, según el Ministerio del Interior es menor aunque no se precisa cuál es. Por otro lado también hay que tener en cuenta que actualmente en la morgue hay entre 4.000 y 5.000 cuerpos sin identificar, a los que no se les ha hecho las pruebas de ADN, que se tendrían que comparar con las bases de datos de los desaparecidos (programa Fénix)” Esa dificultad la basa el mencionado entrevistado en una «falta de recursos» que lleva a casos extremadamente angustiosos, mencionando el de Raúl Casero quien, tras diez años desaparecido, resultó que había muerto a sólo cuatro kilómetros de su casa el mismo día que desapareció; posteriormente su familia recibió la notificación de que había sido enterrado, sin identificar, junto a otras tres personas.

de comunicación, cual es que la cifra de desaparecidos sigue siendo extremadamente elevada<sup>69</sup>.

Vivimos en la sociedad de la información, lo que implícitamente conlleva el hecho de que proporcionamos datos personales para todo tipo de actividades, tales como nuestro nombre y apellidos, la fecha de nacimiento, la dirección postal o de correo electrónico, nuestro número de teléfono o el DNI; se trata de información que permite identificar a una persona o bien hacerla susceptible de identificación. Estos datos son recogidos en ficheros automatizados, utilizados por Administraciones públicas y por empresas privadas en el desarrollo de su actividad.

Pero, como es sabido, existen límites al tratamiento de nuestros datos almacenados en ese tipo de ficheros. Como medida para garantizar que el responsable del fichero actuará de manera adecuada se imponen al mismo las obligaciones de garantizar la calidad de los datos<sup>70</sup>, la seguridad<sup>71</sup> y el secreto de los mismos<sup>72</sup>. Estos

---

<sup>69</sup> De acuerdo con la información publicada en [www.abc.es](http://www.abc.es) de 19 de junio de 2012 (consulta de 28 de julio de 2013), desde el año 2010, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han registrado un total de 11.575 denuncias de desaparición de menores. A día de hoy, 918 siguen abiertas. Se estima también que, según cifras de SOS Desaparecidos, al año se presentan unas mil denuncias por desaparición de personas mayores de 65 años, un 4% del total.

En [www.larazon.es](http://www.larazon.es) de 21 de noviembre de 2012 (consulta de 1 de agosto de 2013) se lee que más de diez mil personas desaparecen en España cada año sin ninguna causa aparente (34 cada día), con el consiguiente sufrimiento que supone para las familias. En muchos casos, la desaparición de una persona puede afectar a toda la comunidad, sobre todo cuando se trata de una persona que es la que sostiene económicamente su hogar, por lo que los familiares quedan librados a su propia suerte. En el periodo 2007-2011, la Policía Nacional ha recibido 72.018 denuncias de desapariciones, de las que cerca de 48.000 son de españoles, según los últimos datos de los que dispone el Ministerio del Interior, a los que ha tenido acceso LA RAZÓN. Muchas de estas desapariciones corresponden a jóvenes menores de 18 años que se ausentan de casa por una patata o discusión que han mantenido con sus padres, o por una locura amorosa, aunque lo normal suele ser también que vuelvan al hogar en un par de días. Cabe señalar que la eficacia policial en estos casos se sitúa en un 70% a un mes vista, en el 90% en un año, y más del 96% en más de un año. Desde 1989, fecha desde la que existe una base de datos de personas desaparecidas, el porcentaje de extranjeros entre los desaparecidos representa el 70%. Además, la gran mayoría de ellos son menores de edad y de procedencia magrebí (marroquíes y argelinos) que se han fugado de los centros de acogida. Es más, según la Policía muchas de estas denuncias de menores no se retiran pronto.

Otro dato interesante es el de las desapariciones «inquietantes», que son aquellas en las que están implicadas terceras personas y en las que la Policía estima que puede tratarse de secuestros e incluso de asesinatos, de las que se producen en España entre cinco y diez casos al año.

<sup>70</sup> L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales y protección de datos* (Madrid 2004) pp. 146 ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales para Corporaciones de Derecho público* (Madrid 2008) pp. 567 ss. Este principio legal tiene un contenido complejo manifestado en varios sub-principios fijados en el artículo 4 de la LOPD: la proporcionalidad, que supone que no se pueden emplear los datos para una finalidad distinta de aquella sobre la que se informó y la exactitud de los datos personales para un adecuado tratamiento de los mismos.

principios implican, entre otras consecuencias, que cuando los datos dejan de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieren sido recabados deben ser cancelados.

La cuestión que debemos analizar es si efectivamente los datos se llegan a cancelar en la práctica. Lo habitual es cancelar los datos de modo automático cuando dejan de ser necesarios, pero en muchas ocasiones existe la obligación de conservarlos por razones legales de responsabilidad, o bien por el tipo de dato de que se trate y de la finalidad del fichero. Por otro lado, puede ocurrir que el titular de los datos personales que se están tratando pretenda impedir dicho tratamiento mediante el ejercicio de los derechos de cancelación<sup>73</sup> y de oposición<sup>74</sup>.

Sobre el responsable del fichero recaen las obligaciones consistentes en garantizar el cumplimiento de los deberes de secreto y seguridad -a que nos hemos

---

<sup>71</sup> Artículo 9 LOPD. Vide Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit.pp. 580 ss.; I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos y sus mundos* (Pamplona 2009) pp. 70 ss.

<sup>72</sup> El artículo 10 de la LOPD impone a quienes intervengan en cualquiera de las fases del tratamiento de datos la obligación de guardar secreto profesional sobre esos datos, subsistiendo dicha obligación aun después de haber finalizado su relación con el responsable del fichero. L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales* cit. pp. 151 ss. Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit. pp. 583 ss.

<sup>73</sup> J.L. PIÑAR MAÑAS-A. CANALES GIL, *Legislación de protección de datos* (Madrid 2008) pp. 56 ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit.pp. 601 ss.; I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos* cit. pp. 108 ss. El derecho de cancelación implica el bloqueo de tales datos, que sólo podrán emplearse para su puesta a disposición de la Administraciones públicas, Jueces y Tribunales. Asimismo deben suprimirse los datos de que se trate una vez transcurrido el plazo legal de prescripción de las responsabilidades legales derivadas del tratamiento. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 16 LOPD.

<sup>74</sup> J.L. PIÑAR MAÑAS-A. CANALES GIL, *Legislación de protección* cit. pp. 67 ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit.pp. 599 ss. Por lo que toca al derecho de oposición, cuyo procedimiento aparece regulado en el artículo 17 de la LOPD, puede ser ejercitado por el titular de los datos de carácter personal, en base a un motivo legítimo y fundado respecto de su situación personal; por ejemplo, nos referimos a quienes han sido víctimas de violencia de género, ya que por motivos de seguridad se debe preservar su intimidad de manera mucho más cautelosa. Es decir, que en estos casos no basta con la mera voluntad del interesado. El titular de los datos también puede ejercitar este derecho de oposición, sin necesidad de alegar motivo alguno, en el caso de que el tratamiento tenga la finalidad de adoptar una decisión que le afecte directamente, sobre la base de un tratamiento meramente automatizado de los datos.

referido en líneas anteriores-, y el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición al tratamiento<sup>75</sup>.

En caso de que el interesado ejercite debidamente estos derechos, siendo infructuosas sus solicitudes de cancelación u oposición al tratamiento de sus datos de carácter personal, podría obtener la tutela pretendida dirigiéndose a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) o a las Agencias autonómicas existentes en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña y País Vasco, cuando se trate de ficheros de Administraciones públicas bajo su competencia<sup>76</sup>.

Desde la perspectiva que venimos tratando a lo largo de nuestro trabajo, el de la falta de noticias de una persona, llegando a dudarse incluso de su propia existencia, debemos advertir que los medios de comunicación y el desarrollo de las TICs han permitido en los últimos años obtener datos de la misma, incluso de su localización o existencia, aun en contra de su voluntad. Es esto lo que nos hace plantearnos la cuestión, ya comentada, de si realmente existen casos de ausencia en la actualidad a pesar del avanzado estado de la tecnología para la localización de personas e identificación de restos humanos<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> El artículo 44.3e) de la LOPD, según redacción dada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, se tipifica como una infracción grave el impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (en adelante derechos ARCO).

<sup>76</sup> Vide el artículo 18 de la LOPD en materia de tutela de los derechos ARCO. El Tribunal Constitucional en sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, resalta la importancia que en el sistema de protección de datos tiene la AEPD, respecto de la que señala literalmente que es “un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones”, y al que se le atribuyen determinadas facultades “para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sean de titularidad pública o privada”. Cfr. J.L. PIÑAR MAÑAS-A. CANALES GIL, *Legislación de protección* cit. pp. 29 ss.; I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos* cit. pp.111 ss.

<sup>77</sup> El avance tecnológico ha permitido que se facilite la labor de búsqueda de una persona desaparecida a través de georadars, como el caso de los dos menores desaparecidos en la finca cordobesa de sus abuelos paternos, “Las Quemadillas”, en cuyo procedimiento ha sido declarado imputado José Bretón, el padre de los niños. Vide resumen de noticias de [www.europapress.es](http://www.europapress.es) de 26 de junio de 2012. (Consulta de 13 de agosto de 2013).

Asimismo, debemos reseñar la posibilidad de localizar restos humanos a través del análisis del ADN. Respecto de estos avances ya se pronunciaba T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia* cit. p. 17: “Son demasiados estados de ausencia, y demasiado largos los plazos, para que merezca nuestro aplauso el sistema del Código, porque hoy día, con los poderosos y rapidísimos medios de comunicación de que se dispone...es muy difícil, y casi hasta imposible, que no se logre averiguar el paradero de una persona, y que ésta, si quiere, no pueda dar noticia de su existencia”.



Pensemos en nuestra vida diaria. El simple hecho de comunicarnos a través de las redes sociales, blogs, espacios en los que compartimos fotografías y videos nuestros con otras personas, de nuestros amigos, nuestros familiares e incluso de personas con las que no mantenemos una relación directa. Es posible incluso que éstas no sean partidarias del empleo de dichas técnicas, y reacias a mostrar datos sobre su identidad o su intimidad en la llamada Web 2.0 y en las diversas redes sociales<sup>78</sup>. Dichas acciones podrían ser constitutivas de alguna falta o delito, derivándose de ellas responsabilidades por daños causados a la imagen o intimidad o reputación de terceros<sup>79</sup>. De modo que lo

---

<sup>78</sup> El problema lo encontramos en los supuestos en los que el derecho a la protección de datos de carácter personal entra en colisión con otros derechos o intereses legítimos, siendo necesaria una ponderación de tales derechos, sin que la solución óptima sea la supremacía de un derecho aboliendo de manera absoluta al otro. Puede surgir la colisión de derechos entre el que divulga dicha información, el cual podría estar ejerciendo su derecho a la libertad de expresión e información, y el titular de los datos que se divulgan, quien ve afectado su derecho a la intimidad. En todo caso, no podemos olvidar que para ejercer legítimamente el derecho de información o de libertad de expresión se deben cumplir unos requisitos, como son que los hechos o personas sobre las que recaiga la información tengan relevancia pública, y que la información sea veraz y de interés público, respetando en todo caso la dignidad de la persona afectada por la información vertida. Por su parte, ya A. E. PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y Derecho* (Barcelona 1996) pp. 43 ss., identificaba un nuevo concepto, el de libertad informática, como un derecho de autotutela de la identidad informática, como el derecho de controlar, esto es, conocer, corregir, quitar o agregar, los datos personales inscritos en un programa electrónico. Sobre el particular, vide, por ejemplo, L. MURILLO DE LA CUEVA, *El Derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid 1990) pp. 173 ss.; ID. *Las vicisitudes del Derecho de la protección de datos personales*, en *Revista Vasca de Administración Pública* 58-2 (2000) pp. 211 ss.

<sup>79</sup> Así X. O'CALLAGAHN, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen* (Madrid 1991) pp. 90 ss., afirma: “una persona privada en sí misma y en su intimidad, tiene su intimidad protegida como derecho, con todos sus problemas conceptuales y de matiz. Pero si la actividad de una persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a mayor o menor número de ciudadanos, tienen derecho a conocer datos de su círculo íntimo; datos que sean verdaderos; si son falsos, la persona tendrá la protección de su derecho al honor. Pero si son ciertos, su intimidad se diluye, se difumina -es decir, disminuye- en beneficio de los ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. Y ello, porque el círculo íntimo de la persona se proyecta -por razón de su actividad pública- a un núcleo de ciudadanos que, al verse afectados, no se les puede oponer la barrera de aquel círculo, porque ya no es exclusivamente íntimo, sino que les puede afectar.” Vide también R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen* (Pamplona 1995) pp. 36 ss. En la práctica uno de los supuestos más frecuentes es el de colisión del derecho de protección de datos y el de información, el cual se hace efectivo a través de la publicación de determinada información en boletines oficiales. La solución que se brinda a este caso desde la Agencia Española de Protección de Datos es la aplicación de medios técnicos reconocidos por todos los buscadores para evitar la indexación en un buscador, es lo que se conoce como “protocolos de exclusión”. Se trata por tanto de conseguir que ese dato concreto que aparece publicado en un boletín oficial se siga manteniendo como original, si bien el responsable del sitio web en el que aparece debe aplicar determinados mecanismos técnicos que impidan que el citado dato sea indexado por buscadores. Parece ésta una solución adecuada que permite la protección de los derechos en juego, siendo diferente del tratamiento que deben recibir datos que nosotros mismos publicamos en las redes sociales sobre nuestra persona, respecto de los que podemos solicitar su cancelación, en los términos anteriormente vistos. Existe diversa jurisprudencia que ha venido matizando que el derecho a la libertad de información prevalecerá sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal en aquellos casos en los que la información objeto de publicación sea veraz y además resulte de relevancia pública, en virtud de la materia de que se trate, por ser de especial relevancia, así como la de las personas a que se refiere la publicación. Vide, en este sentido, la SAN. de 23 de noviembre de 2005 (Rec. 109/2004), en la que se da prevalencia al derecho del artículo 20 de la Constitución española sobre el que protege el artículo 18.4 de la misma Norma fundamental; en cambio, en la SAN. de 1 de octubre de 2008

que para nosotros puede parecer la prestación de un servicio gratuito por parte de los proveedores, en cambio implica una importante contraprestación ya que facilitamos nuestros datos personales, a través de los cuales se puede conocer nuestra localización o ubicación en cada momento, y por tanto, podría llegar a saberse que la persona ilocalizada está viva, o incluso el lugar en el que reside habitualmente<sup>80</sup>.

El verdadero dilema llega en el caso de información que circula en las redes sociales y que nosotros mismos hemos proporcionado, y que en un determinado momento solicitamos que se retire de la red; sin embargo esto no obsta para que esa información haya sido descargada por otras personas y pueda reproducirse sin límite, es decir, que la información de las redes sociales escapa a nuestro control<sup>81</sup>. Que nuestros datos personales circulan por la red es un hecho acreditado, tal como venimos anunciando, lo que nos lleva a la conclusión de que tales datos circulan sin un límite territorial definido por nuestras fronteras, ya que es posible, como reconoce la ley, hablar de transferencias internacionales de los mismos<sup>82</sup>.

En este punto nos planteamos si es posible que una persona pueda desarrollar su actividad ordinaria sin dejar rastro de ella, ya que es necesario que facilite sus datos de carácter personal cuando abre una cuenta en un banco, o cuando se matricula en la escuela de idiomas o en el gimnasio, al reservar un vuelo o un hotel, al solicitar cita para el médico, al buscar trabajo, al efectuar un pago con tarjeta de crédito o al navegar por Internet, entre otras muchas actividades. A mayor abundamiento, en esta cuestión planteada acerca de la facilidad que prestan las TIC para obtener noticias de una persona, la AEPD facilita el derecho de consulta de los ciudadanos permitiendo acceder

---

(Rec. 1/2007) la solución que brinda la Audiencia Nacional es contraria a la anterior, en virtud de las circunstancias que concurren en el caso concreto.

<sup>80</sup> En este sentido la AEPD ha publicado las *Recomendaciones a los usuarios de Internet*, por las que se facilita al usuario el conocimiento sobre el modo de controlar su información en Internet y cómo tratar la información de otras personas, teniendo especialmente en cuenta la recomendación de no poner en línea imágenes o información relativa a terceras personas sin el consentimiento de las mismas.

<sup>81</sup> <http://www.lne.es/sociedad-cultura/2012/02/28/acto-redes-sociales-creamos-reputación> (Consulta de 2 de abril de 2012).

<sup>82</sup> Se considera transferencia internacional cualquier tratamiento que implique una transmisión de datos fuera del Espacio Económico Europeo. Vide artículos 33 y 34 de la LOPD; L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales* cit. pp. 157 ss.; J.L. PIÑAR MAÑAS Y A. CANALES GIL, *Legislación de protección* cit. pp. 75 ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit. pp. 561 ss.; I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos* cit. pp. 97 ss.

a información básica relativa a todos los ficheros públicos y privados inscritos en el Registro General de Protección de Datos<sup>83</sup>. Además pueden asimismo existir ficheros en los que se recojan datos de carácter personal, sin que sea necesario el consentimiento de su titular, en el caso de que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de las funciones de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias<sup>84</sup>.

Una vez analizado el cambio en el tratamiento de protección de datos de carácter personal como consecuencia del importante desarrollo de las tecnologías en los últimos tiempos, nos planteamos si es posible hablar en puridad de lo que se ha venido denominando “derecho al olvido”, como una proyección de otros derechos que ya existen y que se regulan como tales, el de cancelación y oposición, sin que en ningún caso sea considerado un derecho absoluto<sup>85</sup>. La AEPD ha considerado que el derecho al olvido es una proyección de dos de los derechos ARCO, en concreto del derecho de cancelación y del derecho de oposición.

El alcance del derecho al olvido, no siendo éste un derecho absoluto, es diferente según el modo en el que hayamos proporcionado nuestros datos; así el ejemplo más significativo es el relativo a lo que ocurre con datos de carácter personal que nosotros mismos proporcionamos en las redes sociales. En esos casos nuestro poder de disposición sobre esos datos es pleno, ya que habiéndose publicado los mismos por nuestra voluntad, deberíamos gozar de igual libertad para eliminarlos; por tanto sobre esos datos podremos pedir su cancelación e impedir que los mismos sean tratados con posterioridad, y por tanto también su almacenamiento.

Sin embargo, dudamos si realmente quedan protegidos datos respecto de los cuales se conserva el original, ya que no se hace efectivo de manera plena el derecho de

---

<sup>83</sup> El Registro General de Protección de Datos vela por la publicidad de la existencia de ficheros que contienen datos de carácter personal, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, oposición o cancelación, regulados en los artículos 14 a 16 de la LOPD.

<sup>84</sup> Es una excepción a la regla general de la necesidad del consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos de carácter personal que recoge el artículo 5 de la LOPD.

<sup>85</sup> Según I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos* cit. pp. 106 ss., se puede definir el derecho al olvido como un aspecto del ya existente derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en el sentido positivo de poder disponer de nuestros datos de tal naturaleza. Es la Constitución Española la que protege el derecho a la protección de datos de carácter personal, de modo que cada uno de nosotros puede decidir el uso que puede hacerse de sus datos personales; sólo es posible un uso consentido por el titular o bien un uso que venga amparado en una ley.

cancelación; en opinión del anterior Director (actualmente Directora, Mar España Martí) de la Agencia Española de Protección de Datos, José Luis Rodríguez, con esa solución “se alcanza un equilibrio suficiente si no hay una difusión indiscriminada de dichos datos desde cualquier lugar y momento con sólo tener un ordenador y conexión a internet”<sup>86</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el llamado “derecho al olvido” no puede hacerse efectivo de una manera plena, ya que se demuestra en la práctica que no podemos conseguir de manera efectiva que absolutamente todos nuestros datos desaparezcan de internet, porque al menos el original quedará guardado en el correspondiente sitio web, en el caso de datos que aparecen registrados con una cobertura legal, pues los que se recogen sin estar respaldados en ninguna normativa así como los que se proporcionan por el propio interesado con su consentimiento, pueden ser cancelados -al menos en la teoría- de manera absoluta.

Esto es lo que debería ocurrir en aplicación de la normativa reguladora del derecho a la protección de datos de carácter personal, sin embargo en la práctica es muy difícil que ese efecto se produzca, ya que es complejo verificar si se llegan a aplicar de manera efectiva las resoluciones dictadas por la AEPD, a pesar de que su incumplimiento implicaría sanciones pecuniarias elevadas, ya que ese organismo -como regla general- no desarrolla todo un procedimiento de investigación en aras de comprobar el cumplimiento de sus resoluciones, sino en el caso concreto en el que existan indicios de incumplimiento, por lo que es imposible asegurar que exista una comprobación individual de cada una de las cancelaciones solicitadas.

Sobre si podemos hablar de un verdadero “derecho al olvido” se han pronunciado diversos juristas especializados en derecho de las nuevas tecnologías. Así Jorge Campanillas entiende que no debería existir el derecho al olvido como tal, sino que se trata simplemente de hacer efectivas ciertas herramientas que ya están reconocidas, como el derecho a oponerse a un tratamiento concreto de ciertos datos,

---

<sup>86</sup> Vide [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es) (Edición del 3 de septiembre de 2012), (Consulta de 7 de abril de 2013) que recoge una entrevista al anterior director de la AEPD, José Luis Rodríguez, “El olvido digital en España es una búsqueda del equilibrio”.

siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa<sup>87</sup>. Sin embargo, otros expertos en reputación online, como el jurista Rafael Gimeno-Bayón del Molino, entienden que sí debe existir el derecho al olvido como un derecho de desindexación<sup>88</sup>.

El problema es que en muchas ocasiones no llegamos a ser conscientes de la repercusión que puede tener cada uno de nuestros pasos en la Red, que guarda memoria casi infinita, con las consecuencias negativas que ello entraña para nuestra privacidad. El problema se acentúa cuando quien deja constancia de datos personales es un menor de edad<sup>89</sup>.

Otra de las muestras de que la evolución de las nuevas tecnologías ha permitido dejar constancia de la existencia de una persona de la que no se han tenido noticias en un periodo de tiempo, y por lo que se interrumpiría el plazo para la declaración de ausencia legal o en su caso de fallecimiento, con las consecuencias jurídicas que ello implica, es el fenómeno de la videovigilancia, siendo especialmente relevante en materia probatoria en el proceso penal<sup>90</sup>.

Esta técnica permite la captación, y en su caso grabación, de información personal en forma de imágenes<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Vide <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/22/navegante/1329915513.html> (Edición del 18 de septiembre de 2012); J. CAMPANILLAS CIAURRIZ, *Los límites del derecho al olvido*, publicado en elmundo.es (edición del 29 de febrero de 2012) (Consulta de 14 de abril de 2013)

<sup>88</sup> <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/22/navegante/1329915513.html> (Edición del 3 de julio de 2012) (Consulta de 25 de mayo de 2013). Afirma R. GIMENO-BAYON DEL MOLINO que “si en los buscadores no apareces, no existes, por lo que la información almacenada de tu persona deja de tener un valor especial”.

<sup>89</sup> <http://www.lne.es/sociedad-cultura/2012/02/28/acto-redes-sociales-creamos-reputación> (Consulta de 4 de julio de 2012). Señala Ricard Martínez, Presidente de la Asociación Profesional Española de la Privacidad, que ya existe una concienciación en cuanto a la necesidad de una educación en seguridad vial o de alimentación como parte de lo que los niños deben aprender en el colegio; y que se avanzaría mucho si esa concienciación se extendiera a la necesidad de protegerse en Internet. Concluye con la idea central de que “con cada acto en las redes sociales creamos nuestra reputación”.

<sup>90</sup> Vide L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales* cit. pp. 92 ss.; E. ACED FÉLEZ, *La protección de datos personales y la videovigilancia*, en *Revista electrónica de la Agencia de Protección de datos de la Comunidad de Madrid* 5, noviembre 2003 (Consulta on-line) (Consulta de 4 de julio de 2013)

<sup>91</sup> La videovigilancia puede considerarse un medio invasivo para la intimidad, siendo por ello necesaria la concurrencia de determinadas condiciones que legitimen el tratamiento, así como la determinación de los principios y las garantías que deben aplicarse. Como consecuencia de lo anterior se dictó la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Vide J.L. RODRÍGUEZ LAÍN, *Las grabaciones de*

Por otra parte, el desarrollo tecnológico ha afectado a otros ámbitos en los procedimientos judiciales, como por ejemplo el de la participación. Existen medios tecnológicos que facilitan la presencia virtual de un sujeto, así como su posibilidad de actuar, en caso de que por diversas razones fundamentalmente debido a la distancia física, esté impedida para actuar<sup>92</sup>. La tecnología prospera a una velocidad vertiginosa, de modo que hemos pasado de la era electrónica, de los ordenadores desde finales de la II Guerra Mundial hasta los años ochenta, a la era digital, dominada por Internet -“red de redes”-. Esta evolución ha motivado diversas reformas, como la necesidad de modificaciones legislativas en materia procesal penal, es el caso del uso de los dispositivos de vigilancia electrónica -pulsera electrónica-, las filmaciones mediante videocámaras en orden a la obtención de pruebas de convicción judicial reguladas en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, *por la que se regula la utilización de las videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos*, las grabaciones tanto del atestado como de las declaraciones de los testigos y las víctimas en soporte audiovisual –novedad introducida por Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas-, así como el empleo de la videoconferencia u otros sistemas similares que permitan la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido para la práctica de determinadas pruebas y de otras diligencias<sup>93</sup>.

---

*videocámaras de seguridad como fuente probatoria en el proceso penal*, en Diario La Ley, 7921, 12 de septiembre de 2012, pp. 1 ss., expone la trascendencia de las videocámaras en materia de prueba ante la jurisdicción penal, atendiendo especialmente al respeto a los derechos fundamentales del entorno de la intimidad, la propia imagen y los datos de carácter personal. El amplio desarrollo tecnológico nos ha hecho dar un gran paso en los soportes empleados en el ámbito de la prueba en el proceso penal, pues es difícil a estas alturas encontrar sistemas de videograbación que se sustenten en cintas magnéticas, siendo ya usuales los soportes digitales basados en sistemas de almacenamiento masivo.

<sup>92</sup> A. MONTESINOS GARCÍA, *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal* (Madrid 2009) pp. 20 ss. Un claro ejemplo del uso de las nuevas tecnologías en un proceso penal fue el juicio llevado a cabo tras los atentados terroristas de Madrid del 11 de marzo de 2004, donde se practicaron varias pruebas testificales mediante videoconferencia.

<sup>93</sup> A. MONTESINOS GARCÍA, *La videoconferencia* cit. pp. 48 ss. Como consecuencia del importante desarrollo de los medios de transmisión del sonido y la imagen es posible la práctica de actos procesales sin la comparecencia personal del sujeto requerido, que antes era esencial para la práctica de la prueba, como es el caso de la declaración del imputado, del testigo y la del perito, tanto en la fase del juicio oral como en la fase de la instrucción. Se trata en definitiva de facilitar la intervención en juicio del sujeto para el que dicha comparecencia pueda resultar gravosa o perjudicial; el caso más habitual es el del testigos, peritos e incluso el propio imputado, cuando éstos residen fuera de la sede física del juzgado o el Tribunal, resultándoles gravoso o perjudicial comparecer ante él, evitándose su desplazamiento a través de este nuevo medio tecnológico. La ventaja del empleo de la videoconferencia es evidente en la práctica,

De lo anterior ha resultado la necesidad de modificación de la LECrim., la cual se considera desfasada por el hecho de que en el momento de su promulgación aún no existían los mencionados adelantos tecnológicos, ello en sentido coherente con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, Sala Primera, en sentencia de fecha 18 de enero de 1993, para el que las normas jurídicas han de ser interpretadas en el contexto social del tiempo en que hayan de ser aplicadas con el apoyo que brinda el progreso tecnológico. En el ámbito procesal penal, el empleo de la videoconferencia no es un recurso de uso generalizado, pero llegará un día en que sí lo sea, ya que existe un importante obstáculo en la actualidad, cual es el miedo de los juristas y profesionales del Derecho a la aplicación de las TICs<sup>94</sup>.

En este sentido se pronunció asimismo la LEC, la cual permite la posibilidad de presentación de escritos y documentos, así como la práctica de actos de notificación por medios telemáticos, electrónicos y otros similares, los cuales facilitan por tanto la actuación de los sujetos no presentes. La LEC prevé el uso de las tecnologías en la práctica probatoria, admitiendo dos nuevos medios de prueba: los medios audiovisuales y los instrumentos de archivo<sup>95</sup>.

---

ya que evita suspensiones del procedimiento por incomparecencia de personas que deban presentarse en el juicio oral. La videoconferencia es un instrumento técnico auxiliar al servicio de la Administración de Justicia, es una nueva forma de practicar pruebas mediante el empleo de los avances tecnológicos con los que contamos actualmente, con el fin de agilizar las diligencias pertinentes en un proceso penal, evitando con ello la frustración del mismo.

<sup>94</sup> Vide A. MONTESINOS GARCÍA, *La videoconferencia* cit. pp. 153 ss.

<sup>95</sup> La documentación de las actuaciones civiles puede obtenerse a partir de medios de grabación y reproducción de la imagen y el sonido, debiéndose registrar en soporte apto las actuaciones orales en vistas y comparecencias (art. 147 LEC, según redacción dada por Ley 42/15, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*); el envío y la recepción de escritos y documentos puede hacerse a través de actos de comunicación electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de semejante naturaleza; asimismo se prevé el envío y la recepción de escritos entre Tribunales y sujetos interesados por medios técnicos (artículo 135 LEC, según redacción dada por Ley 42/15, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*), entre otros. Asimismo nuestro sistema legislativo permite el empleo de otros medios similares a la videoconferencia, en virtud del artículo 306 LEC "...mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido", con lo que podría admitirse el empleo de la webcam, o sea, una pequeña cámara digital conectada a un ordenador que puede capturar imágenes y transmitir las a través de Internet en directo.

Asimismo se ha experimentado una modificación en el tratamiento de la rebeldía en el proceso, esto es, las consecuencias que se derivan de la falta de comparecencia del demandado en el proceso<sup>96</sup>.

Desde una perspectiva tributaria también se puede hablar de una importante influencia jurídico-fiscal de las TIC's. Es una realidad el hecho de que en los últimos años se ha expandido el comercio electrónico, esto es, las transacciones comerciales sin necesidad de presencia física e interrelación directa entre comprador y vendedor, lo que conlleva consecuencias tales como la desmaterialización de bienes y servicios, deslocalización de actividades comerciales, etc., y ello supone la necesidad de replantearse las reglas por las que se han regido tradicionalmente los sistemas tributarios de los Estados.

Concretamente el problema se acentúa al tratar la cuestión relativa al IVA en las operaciones de comercio electrónico. Lo fundamental en este punto es que se ha llegado a la implantación de unas reglas de localización y de un régimen especial para operaciones realizadas por medios electrónicos en materia de armonización europea del IVA. La contrapartida del régimen mencionado es que el comercio electrónico se ha utilizado como un ámbito que escapa del control de las Administraciones fiscales nacionales, ya que el cumplimiento efectivo del régimen depende en gran medida de la

---

<sup>96</sup> Artículo 496.1 de la LEC, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*. A. MONTESINOS GARCÍA, *La videoconferencia* cit. pp. 70 ss. De diversos preceptos legales, tales como los arts. 687, 739 o 786.1 LECrim., resulta el deber de presencia del acusado en la vista oral, sin perjuicio de que en determinados supuestos -como juicios de faltas- sea posible juzgar a una persona en su ausencia, siempre y cuando el juez le hubiere citado previamente con las debidas formalidades, sin que sea necesaria su declaración. Sin embargo, el Derecho ampara asimismo la celebración del juicio oral sin la presencia física del acusado a través del empleo de nuevas tecnologías, debiendo actuarse en esos casos con más cautela que cuando esa intervención es protagonizada por un testigo o perito, pues tratándose del imputado pueden ponerse en tela de juicio determinados principios y derechos fundamentales. En este mismo sentido, V. MORENO CATENA-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal* (Valencia 2011) pp. 115 ss., se pronuncian acerca del carácter no imprescindible de la presencia del sujeto pasivo en la fase de instrucción del procedimiento; de modo que, de no ser habido el mismo, la instrucción se continuará en su ausencia -con el perjuicio que para el mismo implica, pues no puede solicitar del Instructor la práctica de diligencias oportunas para fundar su defensa en juicio-; si bien por otro lado, se trata asimismo de garantizar su comparecencia, por lo que el Instructor debe citarlo o dictar contra él una medida preventiva, limitativa de su libertad, pasando a disposición judicial. En cambio para celebrar el juicio oral el acusado debe estar presente, de modo que sin su presencia no puede dictarse sentencia si el mismo ha sido declarado en rebeldía. Si bien esa presencia -por el desarrollo de las TICs- se ha facilitado a través de los medios informáticos y telemáticos. Asimismo es posible la celebración del juicio sin la presencia del acusado en los procedimientos por delitos que llevan aparejada pena de prisión no superior a dos años, o de otra naturaleza que no exceda de seis años, así como en los juicios de delitos leves (anteriores faltas), siempre que el interesado hubiere sido citado con las formalidades requeridas legalmente y que el juicio se celebre con la intervención del abogado defensor del acusado ausente (art. 786.1 LECrim.).



voluntad de los operadores prestadores de servicios electrónicos. La solución a este fraude parece ser la colaboración de las Administraciones tributarias de los Estados no pertenecientes a la UE en los que operan empresarios *on-line*. Además una de las estrategias que debería seguirse para tratar de combatir el fraude es la colaboración de la Unión Europea en materia de IVA con territorios terceros donde estén localizados prestadores de servicios electrónicos destinados a clientes residentes o domiciliados en Estados miembros de la UE<sup>97</sup>.

Por último, otro de los conceptos que han quedado afectados por el desarrollo tecnológico es el domicilio -término fundamental para poder hablar de una situación de ausencia, tal como la describiremos más adelante en el presente trabajo-. No podemos referirnos a un domicilio estrictamente físico, sino que ha ganado importancia el domicilio que queda determinado en base a criterios telemáticos<sup>98</sup>.

Como contrapartida a esta evolución descrita, consecuencia de las TICs, deberíamos pensar en una progresiva modificación de otras diversas instituciones jurídicas, y entre ellas la institución objeto de nuestro estudio, la ausencia; ya que si debido a la técnica, en nuestra época, es prácticamente imposible permanecer

---

<sup>97</sup> J. RAMOS PRIETO, *El comercio electrónico y el IVA: problemas del régimen de las operaciones realizadas por vía electrónica* (Sevilla 2011) pp.1 ss. El comercio electrónico ha provocado que se distorsione la tradicional distinción entre entregas de bienes y prestaciones de servicios como hechos imposables del IVA, ya que tales operaciones tradicionalmente gravadas a título de entrega de bienes han pasado a desmaterializarse y tributar por prestación de servicios (un ejemplo es la venta de libros). Por lo anterior, lo que se trata de conseguir es la implantación efectiva del principio de neutralidad a efectos de IVA, de modo que el suministro de un producto debe ser tratado a efectos de IVA del mismo modo, ora consista en una entrega material del producto, ora en una transferencia de un producto digitalizado. Y ello tiene su importancia, habida cuenta de que, el hecho de considerarse una operación electrónica como entrega de bienes o prestación de servicios, puede afectar al tipo impositivo.

<sup>98</sup> I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos* cit.pp. 367 ss. Tradicionalmente la documentación con fines publicitarios llegaba a nuestro domicilio a través de correo postal –la recogíamos en nuestros buzones-. En los últimos tiempos, sin embargo, el envío de las comunicaciones publicitarias o promocionales se ha llevado a cabo por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes; si bien según el artículo 21 de la ley 34/2002, de 11 de julio de *Servicios de la Sociedad de la Información*, queda prohibido dicho envío si las comunicaciones no hubieren sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios, salvo que exista una relación contractual previa, “siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”. El empleo de correo electrónico vía Internet así como de la telefonía móvil (SMS y MMS) para mantener contactos, especialmente en materia publicitaria, se ha incrementado debido a su bajo coste, la velocidad con que llega a sus destinatarios así como las posibilidades del amplio volumen que pueden alcanzar las transmisiones. Como contrapartida debemos mencionar que se realiza de forma abusiva e indiscriminada. Asimismo, el domicilio de la persona puede localizarse a través de la dirección de IP desde el que se ha enviado un mensaje, tal como resulta del procedimiento sancionador nº 0078/2005 de la AEPD.

completamente oculto, los plazos que señala nuestro Código civil para que procedan las declaraciones de ausencia y de fallecimiento, sobre los que trataremos más adelante, podrían resultar excesivos.

Las nuevas tecnologías se han ido implantando progresivamente en nuestra vida, llegando incluso a ser imprescindible el uso de la informática y las telecomunicaciones para el desarrollo de determinadas actividades de vital importancia, proporcionando asimismo un importante servicio a la comunidad. Aparece un nuevo concepto de sociedad civil, la cual viene marcada por el fenómeno de la globalización, en el que las tecnologías tienen mucho que ver<sup>99</sup>.

Sin perjuicio de los avances y beneficios que han supuesto en nuestra sociedad las nuevas tecnologías, han implicado también ciertos perjuicios, pues en algunas ocasiones las TIC's son empleadas para perjudicar uno de los bienes titularidad de las personas protegidos constitucionalmente, como es la intimidad. Así la informática se ha convertido en uno de los medios más eficaces para atentar contra la intimidad de las personas. El legislador, consciente de la situación, ha venido a tipificar determinadas conductas constitutivas de delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio.

Por último, no podemos dejar de hacer una referencia específica en este estudio –como se anuncia en su título- a la obligatoriedad de presencia de los militares en cumplimiento de su deber de permanente disponibilidad para el servicio, y por ende, la de poner en conocimiento de sus Mandos cualquier circunstancia que pueda facilitar el conocimiento de su residencia y su ubicación en cada momento. Como consecuencia de ese régimen especial, ha surgido la necesidad de regular como típicas ciertas conductas antijurídicas, tanto en un ámbito penal castrense como en el administrativo, relativas a la ausencia.

En los procedimientos seguidos para el esclarecimiento de tales hechos contra el deber de presencia del militar es necesario respetar una serie de principios y garantías constitucionales, que en definitiva tratan de hacer efectivos los derechos de defensa del

---

<sup>99</sup> [www.ieee.es](http://www.ieee.es) (Consulta de 27 de julio de 2012) Documento opinión 57/2012, de 30 de julio de 2012. A. SATUÉ DE CORDOVA MINGUET, *La sociedad civil española en la nueva sociedad global*. El autor reflexiona sobre la idea de que la Humanidad necesita espacios globales de uso común, los cuales no vengán dominados por los propios Estados, esto es, no sean interestatales, con sus propias reglas del juego, lo cual es posible con las nuevas tecnologías.

interesado mediante su debida citación y comparecencia en el proceso. Finalmente, debe subrayarse que existe una situación que nos lleva a recordar el origen de la institución de que tratamos, a nuestro parecer, en el Derecho romano: la del prisionero de guerra en el ámbito de los conflictos armados, sean estos internos o internacionales.

En cuanto a esta última cuestión, es necesario aludir al reciente Real Decreto 1111/15, de 11 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales*, que trata de manera específica de los prisioneros de guerra y los desaparecidos; debiendo en primer lugar, a través del conducto reglamentario, hacer constar esas circunstancias para posteriormente incoar a tales efectos un procedimiento administrativo, que tendrá por fin la declaración de la existencia de estas situaciones o, por el contrario, de su inexistencia. A continuación, se determina la situación administrativa en que se encuentran quienes están afectados por esas causas de ausencia, especialmente si el plazo en que permanecen en dicha situación debe ser tenido en cuenta o no a efectos de cómputo de plazos de ascensos y evaluaciones; finalmente, se establece una serie de previsiones relativas a las consecuencias de esas ausencias en la esfera patrimonial de los afectados.



## **CAPÍTULO PRIMERO: LA AUSENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO**

### **I.BASES DE LA REGULACIÓN CIVIL**

Aproximarnos a la comprensión de la importancia de las situaciones fácticas de ausencia es básico para comprender la necesidad de la intervención del Derecho en la regulación de esta realidad. Al respecto, se han ido sucediendo diversos escenarios a lo largo de la historia muy vinculados a las necesidades de cada circunstancia<sup>100</sup>. En la actualidad tampoco son infrecuentes—ni desde luego imposibles— estos fenómenos, aunque la sociedad en la que nos desarrollamos esté marcada por la evolución de las TIC's. Como muestra la realidad, el progreso de las tecnologías ha permitido poner fin a determinadas situaciones de incertidumbre acerca del paradero o existencia de una persona, facilitando la localización de un sujeto desaparecido aun en contra de su voluntad, pero no puede evitar catástrofes, guerras o calamidades que lleven a la desaparición de personas.

Por otra parte, es un hecho objetivo que hay personas quienes, por diversas circunstancias, se desentienden de sus relaciones jurídicas, de modo voluntario o no; ello habitualmente va ligado a la circunstancia de un desconocimiento acerca de su paradero o incluso de la existencia de dichos sujetos, por más que en nuestro entorno la tecnología minimice este último problema. Ahora bien, la necesidad de una intervención legal en esos supuestos es lo realmente importante, cumpliendo una función que podríamos decir preventiva, a efectos de garantizar una cierta seguridad jurídica ante la incertidumbre que surge como consecuencia del desgobierno de un determinado patrimonio y del resto de las relaciones jurídicas de un sujeto, producido por su inactividad. Es por tanto esa situación de incertidumbre descrita la que motiva que el ordenamiento Jurídico arbitre determinadas medidas de protección y defensa de los

---

<sup>100</sup> Sin ir más lejos, el desarrollo reciente de la regulación de la figura de la ausencia tuvo su origen en la época posterior a la I Guerra Mundial, ante la gran cantidad de desaparecidos. En respuesta a ello, se promulgaron importantes medidas legislativas referentes a la materia en Alemania (1916), Austria (1918), en Francia y Alemania (1919). La institucionalización de la ausencia, sin embargo, había cristalizado ya en el *code* francés de 1804. Vide T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia* cit. pp. 17 ss.

intereses del que se encuentra en situación de ausencia, así como los de los terceros que se ven afectados por ella<sup>101</sup>.

El primer paso para acercarse al concepto jurídico de ausencia es plantearnos ante qué nos enfrentamos, es decir, a cómo esta situación afecta al que se encuentra en la misma. Poniendo sobre la mesa un conocido debate doctrinal, que reproduciremos a continuación, habría que tomar postura sobre si la ausencia afecta a la capacidad jurídica de quien la padece, y por tanto si es o no un estado civil.

Los estados civiles pueden definirse como las situaciones de Derecho con carácter especial, permanentes y relevantes en que se encuentra una persona. En sede de estados civiles, el Derecho admite que una misma persona pueda ser poseedora de una pluralidad de ellos en base a diversos criterios; así por ejemplo el estado matrimonial, pues quien esté ligado en matrimonio tendrá estado de casado y el que no, estado civil de soltero, o en su caso, divorciado o viudo; por el criterio de la edad se puede tener estado civil de mayor o menor de edad. Si bien en la mayoría de los casos nos referimos a nuestro estado civil para englobar la totalidad de cualidades que poseemos<sup>102</sup>.

El concepto de estado civil ha sido discutido a lo largo de los tiempos, al igual que lo ha sido la enumeración taxativa de los estados civiles existentes<sup>103</sup>. En opinión de Albaladejo, dichos estados son los que se definen como tales en virtud de las figuras que enumera nuestro Derecho positivo<sup>104</sup>. Este autor expone asimismo que en virtud del

---

<sup>101</sup> T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia* cit. pp. 8 ss., expone las razones que justifican la intervención del legislador en materia de ausencia, entendida en sentido estricto, “el legislador, por razones de humanidad, de utilidad social, y hasta de seriedad, tiene el deber ineludible de intervenir, no sólo para favorecer los derechos e intereses del ausente, el que por estar en tal situación se encuentra en la imposibilidad de atenderlos, sino también para procurar que no sufran menoscabo ni deterioro alguno, en lo cual está interesada la sociedad en general, porque la economía social está fundada en la individual [...], tiene forzosamente que ocuparse, por razón de seriedad, de los ausentes, en los que hay incertidumbre de si viven o han muerto”. Vide B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Absentia: del factum al ius*, en P. RESINA SOLA (Ed.), *Fundamentalvris. Terminología, principios e interpretatio* (Almería 2012) pp. 159 ss.

<sup>102</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil* cit. pp. 234 ss.

<sup>103</sup> Vide M.A. PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil, Derecho Privado, Derecho de la persona* (Madrid 2008) pp. 385 ss.

<sup>104</sup> Este autor enumera como estados civiles los siguientes: 1º El de matrimonio o estado de casado o soltero, viudo o divorciado. 2º El de filiación o condición de hijo o padre o madre. 3º El de nacionalidad o condición de español o extranjero. 4º El de vecindad civil, según se esté sometido al Derecho común o a alguno de los forales. 5º La edad, el mayor o menor de edad, y en este último caso, emancipado o no. 6º El de capacidad o incapacidad.

artículo 1 de la Ley de 8 de junio de 1957 *sobre el Registro civil*<sup>105</sup>, en sede de estado civil, son inscribibles no sólo los hechos concernientes al mismo, sino también “aquellos otros que determina la ley”, de lo que resulta que las situaciones no inscribibles no son estados pero no puede deducirse de manera indubitada, a la luz del precepto citado, que todas las situaciones inscribibles sean efectivamente estados civiles.

El Derecho preceptúa una serie de reglas que son de aplicación únicamente para situaciones conceptuadas como estados civiles, y es por ello precisamente por lo que es una cuestión de especial relevancia la concreción de los estados civiles que el ordenamiento reconoce como tales. Asimismo, esa delimitación es fundamental a efectos de concretar la capacidad de obrar de una persona, en cuanto a que dicha capacidad es la que corresponde al estado civil de la misma<sup>106</sup>.

Pues bien, para poder analizar cómo la situación de la desaparición de una persona afecta a su capacidad -de una u otra manera- es preciso, en primer lugar, diferenciar entre el mero desaparecido, que se encuentra en una situación que podemos denominar de *ausencia presunta*, y el ausente en sentido estricto, el declarado ausente. En este sentido, Federico de Castro sostiene que la confluencia de las diversas circunstancias que exige la ley para que una persona sea declarada en situación de ausencia legal, no produce otro efecto que el de posibilitar la declaración de ausencia, obteniéndose como consecuencia una modificación en la condición de la persona, que pasa de ser un simple desaparecido a ser un ausente en sentido estricto<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Actualmente derogada por la Ley 20/2011 de 21 de julio, *del Registro civil*.

<sup>106</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp. 345 ss., entiende errónea la teoría que considera a los estados civiles como causas modificativas de la capacidad del sujeto, motivándolo en la consideración del estado civil como circunstancia que no sólo afecta a la capacidad de obrar de las personas, sino que también concede derechos y deberes; asimismo hay determinadas disposiciones legales que sólo se aplican al estado civil y no a la totalidad de las circunstancias modificativas de la capacidad. El autor trata de igual modo de limitar el concepto de estado, no considerando como tal cualquier situación o posición jurídica de la persona que tenga especial importancia; asimismo entiende que el concepto no puede encorsetarse ciñéndolo únicamente a las situaciones en las que se encuentra una persona como miembro de una comunidad y de una familia.

<sup>107</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil* cit. pp. 511 ss. A. DE COSSÍO, *Teoría general de la ausencia*, cit. pp. 86 ss., apoya la tesis expuesta por De Castro manteniéndose contrario en su opinión a la teoría sostenida por otros autores, como por ejemplo I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia* cit. pp. 88 ss., y J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil* cit. pp. 304 ss., los cuales entienden que con la sola concurrencia de los requisitos que preceptúa la ley para que pueda producirse la situación de ausencia

Con ello podemos aproximarnos a la naturaleza de la figura de la ausencia. Si bien no existe acuerdo, como acabamos de exponer, acerca de la propia naturaleza de los efectos de la ausencia, no podemos afirmar abiertamente que la ausencia sea un estado civil, pues no produce una modificación de la capacidad del ausente<sup>108</sup>. El ausente, si vive, sigue disfrutando de la capacidad que poseía con anterioridad a la situación de ausencia; e incluso aun cuando hubiera fallecido, sobre una base de incertidumbre sobre su existencia se conservan tal cual determinadas situaciones, como por ejemplo la unidad de su patrimonio. Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de reconocer que la situación de la ausencia afecta a las relaciones de la persona que se encuentra en la misma, en diversos aspectos, fundamentalmente el patrimonial, el procesal y el personal o familiar.

---

legal, ésta tiene lugar de manera automática desplegándose ciertos efectos, si bien reconocen asimismo que para que puedan concurrir la totalidad de los efectos de la ausencia en sentido estricto es necesaria la declaración de la misma.

<sup>108</sup> L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistemade Derecho Civil* (Madrid 2003) pp. 273 ss. se muestran contrarios a la teoría que considera la ausencia como una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar del desaparecido; lo hacen atendiendo a la letra del artículo 188.2 C. c., en virtud del cual el ausente tiene plena capacidad de obrar, tanto sobre los bienes que dejó como sobre los que adquiriera en el nuevo lugar en el que, en su caso, se encuentre. De ese modo encuentra explicación al hecho de que como consecuencia del contrato de compraventa celebrado sobre los bienes que dejó, el cual es plenamente eficaz, deben entregarse dichos bienes al comprador. Finalmente entienden los autores que “no modifica en nada la capacidad del ausente, sino que origina un régimen especial de administración de su patrimonio abandonado”, por todo ello, no lo consideran un estado civil como tal. Por su parte, F. CAPILLA, *Derecho civil* cit. pp. 416 ss., plantea varias posibilidades de configuración jurídica de la situación de ausencia. Así, puede considerarse que la declaración de ausencia modifica la capacidad de obrar del ausente, apoyando esta teoría en el tenor literal del artículo 4.2 de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, en virtud del cual es inscribible la ausencia en el libro de incapacitados del Registro de la Propiedad. El autor no está de acuerdo con esta teoría, así como tampoco con aquella que considera la ausencia como un estado civil de la persona -la cual se basa en el artículo 1.6 de la ley del Registro civil, que recoge la declaración de ausencia como causa que motiva la inscripción en el Registro civil, lo cual no se considera suficiente en opinión de Capilla para entender la ausencia como estado civil de la persona. En definitiva viene a señalar el autor que la ausencia es una situación de Derecho, la cual por un lado incide en la condición jurídica de la persona, y por otro provoca la desconexión entre la persona y su patrimonio, que pasa a ser administrado por su representante. En este sentido, R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 246 ss., advierte que la ausencia no se considera un estado civil, ya que no altera el estatuto personal del ausente, el cual sigue siendo plenamente capaz para disponer de sus bienes allí donde se encuentre, apoyando su teoría en el tenor literal del artículo 188.2 C.c. Concluye el autor que con la ausencia se produce una modificación de la condición jurídica de la persona, que deberá valorarse a efectos de la validez de los actos y contratos que se realicen en su nombre. En opinión de A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 160 ss., la ausencia no modifica la capacidad de obrar del ausente, ni afecta a su ámbito de poder y de responsabilidad, no considerando por tanto que se trate de un estado civil, sino que la consecuencia que produce es la necesidad de ocuparse de los asuntos del ausente, especialmente a nivel patrimonial, en cuanto que se puedan ver afectados los intereses del propio ausente y los de los terceros, de lo que se encarga el defensor o representante del desaparecido o ausente.



Una persona ausente, en sentido técnico, no es simplemente aquella que no está presente en su domicilio o su lugar de residencia, sino que además es necesario que se produzca una falta de noticias suyas; es entonces, con la simple concurrencia de esos requisitos cuando se produce el inicio de la ausencia, si bien debemos diferenciar varias fases, que trataremos de exponer más adelante<sup>109</sup>.

En este punto procede centrarse en el concepto de domicilio, para poder comprender realmente la situación de la ausencia, ya que el primer paso para que se produzca tal escenario es, como ya hemos venido anunciando, la falta de presencia de una persona de su domicilio. El domicilio puede definirse, en un sentido civil, como el lugar que la ley considera sede jurídica de una persona<sup>110</sup>. Si bien puede ocurrir que una persona tenga fijados diversos domicilios, así uno para unos asuntos determinados y otro para otros diferentes; por lo que se distingue entre domicilio general -sede de la persona para la generalidad de las cosas-, y domicilios especiales -sedes sólo para asuntos concretos-; el ejemplo más claro de estos últimos es el domicilio a efectos fiscales<sup>111</sup>.

Asimismo debemos detenernos en la distinción entre domicilio real y domicilio legal. En algunas ocasiones la ley fija el domicilio como el lugar en el que el sujeto reside habitualmente<sup>112</sup>, éste es el denominado domicilio real. Sobre lo que debe entenderse por residencia habitual existen diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

En primer lugar, la mayoría de la doctrina, entiende por residencia habitual el domicilio cuando en él concurren dos elementos, por un lado, el hecho de residir en un lugar, el *corpus*, y por otro la intención del sujeto de permanecer en el mismo lugar de

---

<sup>109</sup> El Código civil a lo largo de su articulado emplea en determinados supuestos el término de ausencia para referirse realmente, no a una situación de ausencia en sentido técnico, sino a la simple falta de presencia. En este sentido los artículos 1.176 en sede de extinción de las obligaciones, 1.694 en sede de sociedad -sobre obligaciones de los socios entre sí-, 1.957 y 1.958, en sede de prescripción, entre otros.

<sup>110</sup> Vide F. CAPILLA, *Derecho civil. Parte general* cit. pp. 405 ss.

<sup>111</sup> H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *El régimen jurídico del domicilio de las personas físicas* (Valladolid 2004) pp. 77 ss.

<sup>112</sup> Éste es el criterio que acoge el artículo 40 C.c. "...el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual...".

manera permanente, el *animus*<sup>113</sup>. Como es sabido, la jurisprudencia del TS muestra un criterio vacilante a lo largo de los años sobre si es o no necesario el *animus* para poder hablar de residencia habitual; así por ejemplo, en diversas sentencias, como las de 17 de noviembre de 1898<sup>114</sup> y 20 de noviembre de 1906<sup>115</sup>, el Tribunal Supremo no se refiere al mismo; en otras, como la sentencia de 17 de febrero de 1990 y la de 27 de septiembre de 1945, se refiere al *animus* en un sentido negativo y excluyente, esto es, que no se puede considerar domicilio el lugar en el que el sujeto se encuentra sin bienes y sin el “propósito de permanencia”. Sin embargo, existen diversas sentencias que se refieren al elemento del *animus*; así las de fecha 28 de noviembre de 1940<sup>116</sup>, 26 de mayo de 1944<sup>117</sup> y 21 de abril de 1972<sup>118</sup>.

Frente a esta teoría que exige los requisitos del *corpus* y el *animus* para poder hablar de residencia habitual, ciertos autores<sup>119</sup>, basándose en el Código civil, evidencian la complejidad de comprobar la existencia del propósito del sujeto de permanecer en un determinado lugar con carácter permanente, de modo que interpretan el artículo 40 en el sentido de que para que pueda hablarse de residencia habitual es necesario estar asentado en un lugar de manera habitual, en el sentido de que ese lugar sea su residencia normal y presumible para el futuro próximo; según esta teoría, por

---

<sup>113</sup> Entre otros L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil I* cit. pp. 408 ss.; F. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil* (Barcelona 1961) pp. 376 ss. y J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil* cit. pp. 130 ss. Vide L.M. LÓPEZ HUGUET, *El domicilio de las personas jurídicas: Evolución desde el Derecho romano y su significado actual*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* 6 (2008) pp. 69 ss.

<sup>114</sup> Considera como residencia habitual del criado el lugar en que vive la persona a la que presta sus servicios.

<sup>115</sup> Dicha sentencia entiende por residencia habitual la población donde el sujeto en cuestión traslada su casa y su familia, para ejercer allí su profesión u oficio por tiempo indeterminado.

<sup>116</sup> Exige como requisito de la residencia habitual “la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en el lugar”.

<sup>117</sup> Exige la voluntad cierta de permanecer en el lugar, el *animus manendi*.

<sup>118</sup> Dice literalmente el TS: “no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar, para integrar su domicilio en él; hace falta, además, la residencia habitual, con intención de permanecer más o menos indefinidamente, *animus manendi*”.

<sup>119</sup> F. DE CASTRO, *Derecho civil* cit. pp. 445 ss.; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona* (Madrid 1976) pp. 102 ss.; L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 303 ss.

tanto, el *animus* forma parte del *corpus*<sup>120</sup>. En todo caso, esta discusión acerca del concepto de habitualidad a que alude el artículo 40 del Código civil tiene una trascendencia más teórica que práctica, ya que -en defecto de domicilio- la ley recurre al criterio de la residencia entendido como lugar en el que se encuentre el sujeto, aun cuando por el escaso tiempo transcurrido no pueda considerarse habitual.

Otro de los casos que puede darse es el de omisión del lugar en que una persona resida habitualmente, con lo que se entiende como domicilio el lugar fijado por la ley para el caso concreto; en este supuesto debemos hablar de domicilio legal o necesario. En opinión de Albaladejo, la única circunstancia en que se da este tipo de domicilio según nuestro Ordenamiento es el que preceptúa el apartado 2 del artículo 40 del Código civil, es decir, el de los diplomáticos que residan por razón de su cargo en el extranjero y gocen del derecho de extraterritorialidad, considerando como su domicilio el último que hubieren tenido en el territorio español<sup>121</sup>. En cambio, otros autores, como Acebo Penco, entienden que existen otros casos de domicilio legal<sup>122</sup>.

La fijación del domicilio es importante en el sentido de poder concretar un sitio para que una persona pueda actuar cuando la ley lo exija; si bien, con el desarrollo de las TIC, se ha producido una evolución en ese concepto de domicilio, pasando de ser un lugar físico a otro de carácter electrónico, como puede ser una cuenta de correo electrónico o bien la sede electrónica de una sociedad, como veremos más adelante.

Como dijimos anteriormente, para que pueda hablarse de ausencia es necesario que una persona no se encuentre en su domicilio o lugar de residencia, y además que no

---

<sup>120</sup> En opinión de M. ALBALADEJO, *Derecho civil* cit. pp. 328 ss., se debe prescindir del requisito del *animus* al hablar de residencia habitual; asimismo entiende que lo importante es el *corpus*, pues de dicho elemento se induce el *animus*.

<sup>121</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp. 336 ss.

<sup>122</sup> Según A. ACEDO PENCO, *Derecho privado general* cit. pp. 103 ss., los domicilios legales que pueden existir son, además del caso de los diplomáticos, los siguientes; el conyugal: al que se refiere el artículo 70 C.c.: “Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”; el de menores e incapacitados: será su domicilio el de los que ejerzan su patria potestad o tutela. Tienen su propio domicilio los sujetos a curatela y los pródigos. Por su parte, J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil I*, Parte general, 3.ª ed. rev. por J. Delgado Echevarría (Madrid 2002) pp. 216 ss., añade la existencia de un domicilio procesal, que es el fuero de las personas físicas, y el administrativo, derivado de la inscripción en el Padrón municipal, que sirve de prueba de domicilio y residencia habitual en un concreto municipio.

se tengan noticias de ella<sup>123</sup>. Ahora debemos distinguir entre las diversas fases de la ausencia.

Puede ocurrir que una persona esté desaparecida sin tenerse noticias de ella, sin más, sin exigirse un mínimo periodo de tiempo de dicha desaparición, en cuyo caso si existe algún asunto que no admita demora sin grave perjuicio es necesario que se designe a un defensor en garantía de sus propios intereses, como veremos. Pero también puede darse que la ausencia sea declarada judicialmente -hablamos entonces de ausencia en sentido técnico- o que la persona haya sido declarada fallecida, lo que se origina por el hecho de la desaparición en circunstancias de peligro para la vida, tales como siniestros de aeronaves y naufragios, o bien cuando la desaparición se prolonga durante un plazo amplio que marca la ley, como examinaremos más adelante.

El problema de la ausencia se plantea por las consecuencias que puede llegar a provocar. Es decir, que la inacción de un sujeto, del que se desconoce su paradero e incluso del que se duda acerca de su propia existencia, pero del que se presume que está vivo y es capaz, ocasiona una inseguridad jurídica e incluso puede implicar un perjuicio para la persona del propio desaparecido y para sus intereses, así como para los terceros que mantienen con él cualquier tipo de relación<sup>124</sup>. Esto es así precisamente porque la ausencia no es la simple falta de presencia en un momento determinado, sobre lo que seguiremos tratando<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> M. ALBALADEJO, *Derecho civil I* cit. pp. 337 ss., aclara que la fijación del domicilio de una persona es importante no para que siempre esté o actúe en él, sino sólo cuando la ley lo crea conveniente, ya que el Derecho promulga un principio de libertad de estar, circular y actuar donde se quiera, aun cuando el sitio no sea siempre el mismo.

<sup>124</sup> F. CAPILLA, *Derecho civil* cit. pp. 411 ss. El autor se detiene en exponer los orígenes de la regulación sobre esta materia relativa a las diferentes fases de la ausencia. En un principio el Código civil distinguía tres posibilidades. La primera, la denominada ausencia presunta, la que se caracterizaba por el hecho de que prevalecía la presunción de vida de la persona desaparecida, adoptándose frente a ello una solución provisional con la finalidad de proporcionar un cuidado a los intereses, fundamentalmente económicos, del desaparecido. La segunda es la denominada ausencia declarada, en la que se produce un equilibrio entre la presunción de vida y la presunción de muerte. En la tercera de estas fases estamos ante una situación de presunción de muerte.

<sup>125</sup> L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 273 ss., diferencia según se trate de ausencia en sentido material o estrictamente jurídico; en el primero de ellos, la ausencia implica la simple falta de presencia, el hecho de que una persona en un momento determinado no se encuentre en el lugar en el que ha de estar. En un sentido jurídico, la ausencia implica algo más, la incertidumbre sobre su existencia, lo que viene motivado por el tiempo transcurrido y la falta de noticias de la persona. El autor define al ausente como la persona sobre la que existe la duda de si existe y del lugar de su existencia, considerando este punto como fundamental para la intervención jurídica, a través de los preceptos que sobre la materia

Así, Cossío dice lo siguiente: “para llegar al concepto técnico de ausencia es preciso añadir a esta idea primera de la falta de presencia una segunda: la incertidumbre de la existencia, producida por el transcurso del tiempo y la falta de noticias”<sup>126</sup>.

El ordenamiento establece determinadas medidas con el objeto de proteger los intereses en juego que pueden verse afectados por la ausencia o por la simple desaparición del domicilio unida a la falta de noticias. De esta manera, los efectos que produce la desaparición del domicilio son diferentes en función de la fase en la que nos encontremos, según se trate de lo que podemos denominar la simple ausencia o de ausencia presunta, de una ausencia legal -en sentido estricto-, o bien se trate del declarado fallecido<sup>127</sup>.

La primera de las situaciones tiene lugar cuando concurren las circunstancias que prescribe el artículo 181 del Código civil: “Desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más

---

dispone el Código civil; siendo necesaria una declaración judicial, lo que hace que esa duda nazca “oficialmente”, de la que se deriva la “situación de ausencia declarada”.

<sup>126</sup> A. DE COSSÍO, *Teoría general* cit. pp. 86 ss. Por su parte, R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 246 ss., desde un punto de vista estrictamente jurídico, define las situaciones de ausencia como aquéllas que se presentan “cuando una persona deja de estar localizable al desaparecer de su domicilio, generando, de este modo, una situación de incertidumbre sobre su propia subsistencia como consecuencia de la carencia de noticias”. Esa incertidumbre es la que provoca la intervención del Ordenamiento jurídico mediante actuaciones relativas a la gestión y administración de sus bienes, con la finalidad de evitar que queden en suspenso, e inoperativas, las relaciones jurídicas del desaparecido.

<sup>127</sup> Para L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 274 ss., se debe diferenciar entre una situación de defensa de los bienes del desaparecido, consistente en la adopción de determinadas medidas para evitar daños, atendiéndose principalmente a los intereses patrimoniales, lo cual, al amparo del artículo 181 C.c., no impide que se extienda a otra serie de intereses, ya que el mismo admite su designación para que lo ampare o represente “en juicio o en los negocios”, sin ninguna restricción más que el que no admitan demora sin perjuicio grave. Por otro lado, existe una situación de ausencia legal, la cual requiere una declaración judicial siempre que se cumplan los requisitos que dispone el artículo 183 C.c.; en esta situación se somete a un régimen especial de administración el patrimonio del ausente, cuya titularidad se atribuye provisionalmente a un representante designado judicialmente; implica asimismo una duda acerca de la existencia de la vida del ausente.

Debe en este momento tenerse en cuenta la nueva redacción dada a los preceptos en materia de ausencia en virtud de la Disposición final primera de la Ley 15/15, de 2 de julio, *reguladora de la jurisdicción voluntaria*. Por último, como sabemos, la declaración de fallecimiento implica la apertura de la sucesión. Vide A. ACEDO PENCO, *Derecho privado general* cit. pp. 99 ss. Por su parte, R. VERDERA SERVER, *Derecho* cit. pp. 246 ss., entiende que la desaparición de una persona da lugar a una defensa en principio accidental de sus intereses más urgentes y que no admitan demora. La ausencia legal por su parte, implica una prolongación de la desaparición, que conlleva el nombramiento “mediante resolución judicial” de un representante que asume provisionalmente la titularidad del patrimonio del desaparecido. A través de la declaración de fallecimiento se consigue que mediante sentencia firme quede constatada oficialmente la muerte de una persona.

noticias...”<sup>128</sup>, supuesto en el que la ley trata de establecer una defensa provisional de los bienes y la persona del desaparecido con un objetivo, cual es, “nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave”<sup>129</sup>.

La segunda de las situaciones que pueden producirse es la de ausencia legal, lo que puede entenderse o bien como la simple falta de presencia o bien como esa no presencia unida a la falta de noticias; ésta última es la que debe entenderse como verdadera ausencia desde un punto de vista jurídico<sup>130</sup>.

Como características de la situación de ausencia legal resaltamos las siguientes; por un lado, su carácter judicial, ya que es necesario un auto judicial para su

---

<sup>128</sup> F. CAPILLA, *Derecho civil* cit. pp. 414 ss., entiende que nos encontramos ante una situación provisional, la cual no afecta a la capacidad sucesoria del desaparecido, ya que puede aceptar las herencias que se abran en su favor, así como tampoco se ve afectada su situación familiar. Por su parte, A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 160 ss., considera la ausencia como la situación en que se encuentra una persona cuyo paradero es ignorado, de la que no se tienen noticias durante un tiempo que pasa de lo razonablemente normal, originándose una cierta incertidumbre sobre su propia existencia; ello implica que la subsistencia o el fallecimiento del desaparecido no son aún comprobables. El autor llega a esta definición apoyándose en el tenor literal del artículo 181 C.c., en virtud del cual, “Desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias...”; el autor deja constancia de lo que interpreta la generalidad de la doctrina, esto es, que el precepto es erróneo y no debe entenderse de manera literal, en cuanto que si se tienen noticias del desaparecido, pero en un lugar diferente del lugar de su última residencia o de su domicilio, deja de existir la situación de ausencia. Por ello, la doctrina considera que la expresión “en ella” debe interpretarse como “de ella”.

<sup>129</sup> B. MORENO QUESADA, *Localización jurídica de la persona* (Madrid 2008) pp. 142 ss., señala a R. Bercovitz para mostrar la exigencia de que concurren dos requisitos necesariamente para que proceda la figura del defensor del desaparecido; en opinión de estos autores debe darse una situación de imposibilidad de comunicarse con la persona de que se trate con vistas a la resolución del asunto así como que sea necesaria su representación “en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave”.

<sup>130</sup> Sobre el análisis de estas cuestiones A. ACEDO PENCO, *Derecho privado general* cit. pp. 106 ss. destaca la interesante labor desarrollada en las monografías de T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia en el Derecho sustantivo y adjetivo* cit. y de I. SERRANO SERRANO, *La ausencia en el Derecho español* cit. Según el primero de los autores citados, la ausencia en sentido “usual” implica sólo la falta de presencia; “ausencia como el estado de la persona que no se encuentra en el lugar de su domicilio o residencia habitual, y en este sentido, como término opuesto a la presencia”; “sólo la ausencia en ignorado paradero da lugar a un estado civil especial y produce efectos jurídicos”; “el ausente... es un individuo incierto, reinando en torno al mismo la duda e inseguridad sobre su existencia”. Por ello, en su opinión la ausencia en sentido jurídico implica la idea de incertidumbre, no sólo respecto del lugar en que se encuentre el desaparecido, sino además sobre la existencia del mismo. Concluye, por tanto, definiendo la ausencia “como la desaparición, en circunstancias normales y ajenas a toda idea de peligro, de una persona cuya existencia es incierta e ignorado su paradero”. ID., *Ibid.* pp. 3 ss. Para F. CAPILLA, *Derecho civil* cit. pp. 412 ss., la ausencia legal se produce cuando una persona desaparece de modo prolongado, de manera que surge la duda sobre su existencia, siendo necesario arbitrar un mecanismo para su defensa y representación y asimismo dar un nuevo tratamiento a su situación familiar. En opinión de A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 160 ss.; es el carácter prolongado de la incertidumbre sobre la propia existencia del desaparecido la que motiva la declaración de ausencia.

declaración, por otro, su carácter independiente, pues no es necesario que haya existido previamente la designación de un defensor así como tampoco una situación inevitablemente previa a la declaración de fallecimiento<sup>131</sup>. Por último, la situación de ausencia legal puede que llegue a prolongarse de modo indefinido, pues, si bien hay ciertas personas a las que la ley obliga a instar la declaración de ausencia, no ocurre lo mismo con la declaración de fallecimiento, cuya solicitud tiene carácter voluntario.

Teniendo en cuenta ciertos aspectos que individualizan de manera fiel la situación de que tratamos en estas líneas, la falta de noticias así como la duda acerca de la existencia del desaparecido y la afectación del patrimonio del ausente, es necesario traer a colación la definición de la situación de ausencia legal vertida por el profesor De Castro, según el cual es “la situación interina de puesta en administración de los bienes de un desaparecido (de cuya vida se duda) para su mejor protección, abierta por el auto judicial de declaración”<sup>132</sup>. Esta situación de ausencia legal puede concluir por diversas razones que preceptúa la ley, así por la aparición del ausente, con lo que deja de ser necesaria la intervención del representante del ausente para la protección de los intereses del mismo<sup>133</sup>, por su muerte<sup>134</sup>, o bien por su declaración de fallecimiento<sup>135</sup>, con la que llegamos a la descripción de la que se conoce como “última fase de la ausencia”: por medio de auto judicial se acuerda la declaración de fallecimiento de un individuo, una vez transcurridos los plazos que fija la ley, cesando con ella la situación de ausencia legal, estableciendo la ley una presunción de fallecimiento, *iuris tantum*. Así, en virtud del artículo 195 del Código civil se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo prueba en contrario<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 160 ss. Explica que, a pesar de que se hable de diversas fases de la ausencia, las diferentes situaciones tienen carácter autónomo entre sí, pues no son necesariamente sucesivas, de modo que se puede llegar a cualquiera de ellas sin pasar necesariamente por las otras.

<sup>132</sup> ID., *Derecho civil* cit. pp. 511 ss.

<sup>133</sup> Art. 187.II C.c.

<sup>134</sup> Art. 188.I C.c.

<sup>135</sup> Art. 195 C.c. Vide H. CORRAL TALCIANI, *La declaración de fallecimiento* (Madrid 1991) pp. 17 ss.; sobre este concepto se pronunció ya F. DE CASTRO, *Derecho civil* cit. pp. 552 ss.

<sup>136</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil* cit. pp. 76 ss., concluye que es esa presunción la que motiva la solicitud de la declaración de fallecimiento, por la que se tiene oficialmente por fallecida a la persona.

## II. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

### A. Mínima reflexión sobre la jurisprudencia en las fuentes del Derecho español

Ha sido tradicionalmente complejo delimitar el concepto de jurisprudencia, al que alude el artículo 1.6 del Código Civil no como fuente del derecho, sino como doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar las mismas fuentes del ordenamiento Jurídico español, es decir, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho<sup>137</sup>. En la actualidad se percibe esa complejidad como resultado de la proliferación y el desarrollo legislativo, lo que ha tenido su influencia en el factor jurisprudencial<sup>138</sup>.

De manera sucinta debemos hacer referencia, en este momento de nuestro estudio, al problema de la naturaleza de la jurisprudencia en el seno de nuestro ordenamiento, en cuanto a si debe considerarse o no fuente del Derecho, cuestión que ha sido tratada a lo largo de la historia desde diversos puntos de vista<sup>139</sup>.

Estrictamente considerada, la Jurisprudencia no es una fuente del Derecho atendiendo al contenido del artículo 1 del Código Civil, en cuyo apartado 1.º dispone, “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”; y en su apartado 6.º señala que, “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Igualmente debe hacerse especial hincapié en el contenido del Título VI de la propia Constitución Española, “Del Poder Judicial”, pues

---

<sup>137</sup> J. DAMIÁN MORENO, *El Derecho y su garantía jurisdiccional. Estudios y comentarios de Derecho Procesal* (Madrid 2009) pp. 68 ss., afirma sobre este controvertido asunto: “Una vez que el Tribunal Supremo esté en condiciones de garantizar la uniformidad de su jurisprudencia, lo que requeriría inexcusablemente un cambio radical en los métodos de trabajo de este tribunal, no habrá inconveniente en reconocer a nivel legal el valor vinculante de sus decisiones siempre que tal decisión se tome en el contexto en que tal afirmación se realiza. Por eso, no se entiende cómo medidas de este tipo, encaminadas a reafirmar tal carácter han de ser vistas con tanto recelo, pues en modo alguno esta clase de soluciones, adecuadamente interpretadas, representarían un cambio tan radical en nuestro sistema jurídico, ni convertirían a la doctrina jurisprudencial en algo distinto a lo que ya es, pues de lo que se trataría simplemente es de unificar el sentido de las decisiones judiciales en armonía plena con lo dispuesto en la ley.”

<sup>138</sup> A. MARTÍN VALVERDE, *La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo* (Madrid 2004) pp. 338 ss.

<sup>139</sup> Vide F. DE CASTRO, *Derecho Civil* cit. pp. 497 ss.; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho* (Pamplona 1969) pp. 111 ss.; I. DE OTTO PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona 1988) pp. 287 ss.



nuestro sistema no atribuye a nuestros órganos jurisdiccionales una función creadora de Derecho, sino de aplicación de la Ley, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>140</sup>.

Al hilo de la cuestión anteriormente planteada relativa a la naturaleza de la jurisprudencia en nuestro Ordenamiento, lo verdaderamente interesante es acercarse a su papel real, el verdadero concepto de jurisprudencia, a la vista de la evolución del Derecho a lo largo de los años.

Centrémonos en la problemática existente en torno a la delimitación del concepto para el término jurisprudencia. En un principio, atendiendo al tenor literal del artículo 1.6 del Código Civil, el concepto de jurisprudencia se ha asociado, en un sentido estricto, a la doctrina que emana de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en sede de recursos de casación<sup>141</sup>. Sin embargo, debemos plantearnos si en la actualidad, y debido al espíritu de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>142</sup>, el concepto de jurisprudencia se ha ampliado, incluyendo no sólo las sentencias del Tribunal Supremo sino también las de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales.

Ahora bien, aun cuando podamos llegar a fundamentar que jurisprudencia es ese conjunto de sentencias de los diversos órganos judiciales mencionados, lo que debe distinguirse es el valor que se debe atribuir a las sentencias del Tribunal Supremo, como complemento del ordenamiento jurídico, -valor reconocido expresamente por el artículo 1.6 del Código Civil-, y el valor que se atribuye al resto de sentencias dictadas por los

---

<sup>140</sup> Vide L. Díez-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975* (Madrid 1977) pp. 137 ss.; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Madrid 1992) pp. 394 ss.; E. ZULETA PUCEIRO, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho. Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil* (Madrid 1997) pp. 148 ss.; A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario del Código Civil* (Barcelona 2000) pp. 358 ss.; R. SÁNCHEZ FERRIZ, *El estado constitucional y su sistema de fuentes* (Valencia 2000) pp. 460 ss.; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil comentado con jurisprudencia* (Madrid 2003) pp. 6 ss.; C. AUGER LIÑÁN, *La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico* (Madrid 2004) pp. 371 ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil* (Navarra 2009) pp. 42 ss.

<sup>141</sup> A este respecto la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en lo referente al ámbito de actuación del recurso de casación, destaca: “la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy”.

<sup>142</sup> La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 alude expresamente a la “doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia) o sobre asuntos o cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”.

demás órganos jurisdiccionales<sup>143</sup>. Es más, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>144</sup>, cierto sector de la doctrina ha defendido esa ampliación del concepto de jurisprudencia<sup>145</sup>.

Esta cuestión -sobre la delimitación de un concepto que permita definir el término jurisprudencia- merece la pena plantearla por una razón de seguridad jurídica, ya que no puede caer en el olvido lo preceptuado por el artículo 9.3 de la Constitución Española, en virtud del cual la jurisprudencia contribuye a la creación del concepto de seguridad jurídica.

Debemos por ello intentar, en primer lugar, aproximarnos a dicho concepto -el de jurisprudencia- dilucidando acerca de si el mismo ha sido ampliado por diversas normas posteriores al Código Civil, como el artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>146</sup> y los artículos 100.7 y 101.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*<sup>147</sup>; y asimismo, en segundo lugar, adentrarnos

---

<sup>143</sup> L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 155 ss.; J.A. XIOL RÍOS, *El valor vinculante de la jurisprudencia. Jurisprudencia civil 2005-2007* (Madrid 2008) pp. 419 ss.

<sup>144</sup> Merece la pena en este momento recordar el tenor literal del Artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.”

<sup>145</sup> Entre otros autores, en este sentido se pronuncian L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 155 ss., quienes entienden que, aun cuando no pueda desconocerse el valor que debe atribuirse a la doctrina derivada de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, no puede sin embargo reconocérsele el mismo valor que a la doctrina derivada de las sentencias del Tribunal Supremo. Así, L.Mª. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español* (Madrid 2004) pp. 397 ss., afirma que, en relación con el concepto y el valor de la jurisprudencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 “ha venido a complicar notablemente el panorama”.

<sup>146</sup> Artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.”

<sup>147</sup> Artículo 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*: “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se

en la problemática suscitada en torno al posible carácter vinculante de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto de la primera cuestión, acerca de la posible ampliación del concepto de jurisprudencia, una reseñable mayoría doctrinal está de acuerdo -en base a los artículos 73.1 a) de la Ley 6/1985, de 1 de julio, *Orgánica del Poder Judicial*<sup>148</sup> y 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>149</sup> -, en apoyar la efectiva extensión del concepto de la jurisprudencia no sólo a la creada por el Tribunal Supremo sino además por los Tribunales Superiores de Justicia<sup>150</sup>. Esa expansión del concepto queda respaldada

---

publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional.” Por su parte, el artículo 101.4 de la misma norma dice: “En lo referente a plazos, procedimiento para la sustanciación de este recurso y efectos de la sentencia regirá lo establecido en el artículo anterior con las adaptaciones necesarias. La publicación de la sentencia, en su caso, tendrá lugar en el «Boletín Oficial» de la Comunidad Autónoma y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces de lo Contencioso-administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia.”

Debe advertirse que a partir de 22 de julio de 2016 estos preceptos pertenecientes a la Sección 5ª del Capítulo III del Título VI, quedarán suprimidos en aplicación de la Disposición final Tercera de la Ley Orgánica 7/15, de 21 de julio *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio del Poder Judicial*.

<sup>148</sup> Artículo 73.1 de la Ley 6/1985, de 1 de julio *Orgánica del Poder Judicial*: “La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil:

a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho Civil, foral o especial, propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de Derecho Civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.

c) De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.”

<sup>149</sup> Artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

2. Cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.”

(Artículo redactado por el apartado dieciocho del artículo cuarto de la Ley 37/2011, de 10 de octubre *de medidas de agilización procesal*).

<sup>150</sup> Vide A. PAU PEDRÓN, *Estructura y fuentes del Derecho Civil español* (Madrid 1997) pp. 114 ss.; F.P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial* (Valencia 2000) pp. 42 ss.; X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo* (Madrid 2001) pp. 397 ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil I. Parte general* (Madrid 2006) pp.

asimismo por el contenido del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - anteriormente transcrito-, al hacer referencia a “jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de que esta cuestión sea controvertida y consecuentemente discutida en sede doctrinal, ya que frente a esta teoría anteriormente enunciada -que podemos denominar “expansiva” del concepto de jurisprudencia-, existen determinados autores<sup>151</sup> que defienden la tesis en virtud de la cual la función de complementar el ordenamiento jurídico, tal como reseña el artículo 1.6 del Código Civil, es una función específica de las sentencias del Tribunal Supremo, por lo que jurisprudencia engloba simplemente estas últimas y no el resto de sentencias dictadas por otros órganos jurisdiccionales.

Tras mostrar las controversias doctrinales existentes en este punto, se llega a la idea de la necesidad de que el legislador aborde una reforma del artículo 1.6 del Código Civil, a efectos de delimitar de forma clara y precisa los específicos órganos judiciales que pueden crear jurisprudencia.

Entrando en el estudio de la segunda cuestión que planteábamos en un principio, -esto es, el posible carácter vinculante de nuestra jurisprudencia- debemos partir de la independencia de los jueces y magistrados en nuestro Ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, como uno de los principios que rigen el Poder Judicial, con el único sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento en virtud del contenido del artículo 117 de la Norma Fundamental<sup>152</sup>; principio que tiene su reflejo en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>153</sup>.

---

174 ss.; J.A. XIOL RÍOS, *El valor vinculante* cit. pp. 416 ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. I. Introducción y parte general* (Madrid 2009) pp. 118 ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código* cit. pp. 43 ss.

<sup>151</sup> Entre otros, J.E. PECES MORATE, *Valor de la jurisprudencia* (Madrid 2001) pp. 70 ss.

<sup>152</sup> Vide E. RUÍZ VADILLO, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid 1998) pp.287 ss.; J.M. SERRANO ALBERCA-E. ARNALDO ALCUBILLA, *Comentarios a la Constitución* (Madrid 2001) pp. 1821 ss., afirman: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1993 afirma que “la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, que en uso de su autonomía e independencia judicial (art. 117 CE) pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes.”

<sup>153</sup> Artículo 12 de la LOPJ: “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. Como

Con arreglo a lo que acabamos de señalar, ¿puede concluirse que la jurisprudencia tiene carácter vinculante? Intentaremos mínimamente aproximarnos a una respuesta, ya que es una cuestión jurídica controvertida por la aparición de nuevas normas que establecen el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial que emana de sentencias que resuelven recursos en interés de la ley<sup>154</sup>.

Como puede verse, tampoco hay unanimidad en la doctrina respecto de esta segunda cuestión, al igual que en la primera.

Por su parte, el articulado de la ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto el contenido del artículo 493, parece contradictorio con el propio espíritu de la norma<sup>155</sup>. El término “vinculando” a que hace referencia el precepto ha dado lugar a diversas interpretaciones<sup>156</sup>.

---

consecuencia de lo anterior, jueces y Tribunales no pueden corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las Leyes establezcan y por la misma razón tampoco pueden, los jueces y tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.”

<sup>154</sup> Artículos 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 100.7 y 101.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en materia de efectos y publicidad de las sentencias que resuelven los recursos de casación en interés de la ley en el orden contencioso-administrativo.

<sup>155</sup> Por un lado, el artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sostiene que la jurisprudencia vincula “a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo”, mientras que la Exposición de Motivos de la misma norma señala “en un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica”; “en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante... Por todo esto, menospreciar las resoluciones del Tribunal Supremo en cuanto carezcan de eficacia directa sobre otras sentencias o sobre los derechos de determinados sujetos jurídicos no sería...coherente con el valor siempre atribuido en nuestro ordenamiento a la doctrina jurisprudencial...”

<sup>156</sup> P. SAAVEDRA GALLO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Valladolid 2000) pp. 2370 ss., afirma que tal término empleado por el artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “no puede llevarnos a entender que la jurisprudencia del TS va a tener, a partir de ahora, mayor fuerza que el carácter complementario contemplado en el artículo 1.6 del Código Civil.; no estamos en un ordenamiento jurídico de corte anglosajón donde rige el principio *stare decisis*, en virtud del cual los órganos jurisdiccionales están vinculados por las decisiones de los superiores, en una estructura piramidal que culmina la Corte Suprema”. En términos similares, respecto del contenido de los artículos 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se pronuncian autores, tales como J. GABALDÓN LÓPEZ, *El efecto vinculante de la doctrina legal en los recursos de casación en interés de la ley* (Madrid 2000) pp. 90 ss.; J.E. PECES MORATE, *Valor cit.* pp. 99 ss., los cuales entienden que el nuevo contenido de tales artículos no ha cambiado el sistema establecido ya con carácter general y previamente en el Título Preliminar del Código Civil, en cuyo artículo 1 enumera las fuentes del Derecho.

La cuestión que debe valorarse, y que merece atención, no es tanto si ha cambiado el sistema de fuentes de Derecho en el ordenamiento jurídico español, sino si las nuevas normas, entre otras el artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 100.7 y 101.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, contradicen lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución Española<sup>157</sup>.

Respecto del verdadero valor vinculante de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, hay una parte de la doctrina que, atendiendo a las garantías constitucionales en virtud de las cuales los jueces y magistrados gozan de independencia estando únicamente sometidos al imperio de la ley, niegan dicha posibilidad<sup>158</sup>; por tanto, niegan dicho carácter vinculante de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico basándose únicamente en la legalidad vigente, con independencia de los

---

En el otro extremo nos encontramos con autores que entienden que tales preceptos han venido a modificar, sin embargo, el sistema de fuentes establecido en el artículo 1 del Código Civil, pues al utilizar el término “vinculará” sitúa a la doctrina legal dentro de las fuentes del Derecho, con lo que todos los órganos jurisdiccionales inferiores a Tribunal Supremo, o en su caso, al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, están vinculados con la misma fuerza que deriva de la ley, a la resolución del Tribunal Supremo, o en su caso, del Tribunal Superior de Justicia.

<sup>157</sup> En todo lo anterior deberá tenerse en cuenta la nueva regulación que entrará en vigor el próximo 22 de julio del año 2016, en aplicación de la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio *del Poder Judicial*.

Respecto de tal cuestión debe tomarse en consideración la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005, la cual reconoce la existencia de un error judicial –y consecuentemente un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que genera responsabilidad patrimonial de la Administración- en el caso de que un órgano judicial inferior de la jurisdicción contencioso-administrativa no aplique la doctrina legal que emana de las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo al resolver los recursos en interés de la ley. Señala la misma sentencia que el carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*; por lo que era obligado para el Juzgador de Instancia seguir la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en una sentencia que resolvía un recurso en interés de ley. Por otra parte, la Sentencia de 20 de febrero de 2007, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, mantiene que el error judicial puede ser de hecho o de derecho “y, por hipótesis, se ha de admitir que el último pueda resultar de que el órgano judicial prescinda totalmente de la jurisprudencia complementaria de las normas del ordenamiento jurídico aplicables, esto es, de la doctrina que, de modo reiterado claro está, (sin contradicción significativa alguna), establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Vide J. DAMIÁN MORENO, *El Derecho y garantía jurisdiccional* cit. pp. 59 ss.; J.A. XIOL RIOS, *Notas sobre la jurisprudencia. El carácter vinculante de la jurisprudencia* (Madrid 2009) pp. 87 ss.

<sup>158</sup> A. DESDENTADO BONETE, *La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo: la experiencia del orden social* (Madrid 2004) pp. 387 ss.; L.Mª. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Reflexiones sobre el concepto y el valor* cit. pp. 404 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *Una nueva reforma de la casación civil española, en RGDP*. 11(enero 2007) pp. 32 ss.

argumentos que pudieren esgrimirse para decidir si en nuestro ordenamiento jurídico es conveniente o no que la jurisprudencia tenga carácter vinculante<sup>159</sup>.

Sin embargo la doctrina, como anunciábamos, tampoco es unánime en esta postura<sup>160</sup>.

Como consecuencia de lo anterior debemos concluir que ha existido a lo largo de los años una gran dificultad para definir el concepto de jurisprudencia en nuestro Ordenamiento jurídico, lo que ha venido haciéndose más complejo aún con diversas reformas legislativas; y tal como mencionamos al inicio del estudio de esta materia, la cuestión es básica por afectar directamente al principio de seguridad jurídica que preconiza nuestra Constitución en su artículo 9.3.

En principio partimos de dos conclusiones que parecen extraerse ateniéndonos al tenor literal del artículo 1.6 del Código Civil; la primera, que el Tribunal Supremo es el único órgano judicial que crea jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico; la segunda, que no basta con una sola sentencia para sentar jurisprudencia, ya que es necesario que existan al menos dos<sup>161</sup>. Sobre esta segunda cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en diversas sentencias de la Sala 1º como, entre otras

---

<sup>159</sup> V. FERRERES COMELLA, *Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia* (Madrid 2009) pp. 56 ss.

<sup>160</sup> Ciertos autores se han mostrado claramente partidarios de atribuir carácter vinculante a la jurisprudencia. F. RUBIO LLORENTE, *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, en REDC. 91 (enero-abril 2011) pp. 407-410, considera que el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no implica el quebrantamiento de los principios rectores que informan la actividad jurisdiccional, los ya mencionados, independencia judicial y sumisión exclusiva al imperio de la ley, entre otros, reconocidos en el artículo 117.1 de la Constitución española de 1978; J. GABALDÓN LÓPEZ, *El efecto vinculante de la doctrina legal en los recursos de casación en interés de la ley* (Madrid 2000) pp. 95 ss., quien afirma respecto de lo dispuesto en los artículos 100.7 y 101.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, “el llamado efecto vinculante es, simplemente, el propio de la jurisprudencia fijando la doctrina legal, en modo alguno cabe confundirlo con un mandato legal complementario, ni menos con un mandato jerárquico (ambos claramente inconstitucionales); A. MARTÍN VALVERDE, *La unificación de la doctrina jurisdiccional* cit. pp. 350 ss.; J. DAMIÁN MORENO, *El Derecho y garantía jurisdiccional* cit. pp. 65 ss.

<sup>161</sup> Este requisito -la necesidad de la concurrencia de dos sentencias para la existencia de jurisprudencia- ha sido defendida por diversos autores, interpretando en este sentido la expresión “de modo reiterado” contenida en el artículo 1.6 del Código Civil, entre otros, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código civil* cit. pp. 387 ss.; A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios* cit. pp. 358 ss.; L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 156 ss.

muchas, la de 29 de noviembre de 2002 (2002/10403), la de 4 de febrero de 2005 (2005/1656) y la de 22 de enero de 2010 (2010/33872)<sup>162</sup>.

Estas conclusiones no son tales, ni tan nítidas, si tenemos en cuenta otros preceptos vigentes en nuestra legislación, como ya ha quedado expuesto anteriormente en lo que se refiere al concepto de jurisprudencia; y por último, en lo que respecta a la cuestión de la necesidad de la existencia de varias sentencias para que pueda hablarse de jurisprudencia, la misma ha sido discutida por parte de la doctrina<sup>163</sup>, ya que de los artículos 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 100.7 y 101.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resulta que una sola sentencia del Tribunal Supremo, resolviendo los recursos en interés de la ley, constituye por sí sola jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico, sin necesidad de que su doctrina sea reiterada por sentencias posteriores de manera sucesiva<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Así el Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 se pronuncia en este sentido; el cual expone que existe doctrina en el sentido de que el presupuesto del interés casacional, cuando se funde en la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es necesario citar dos o más Sentencias de la Sala del Supremo. Asimismo se pronuncia el mismo Tribunal en Auto de fecha 9 de julio de 2013, en el que se estima la inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o por inexistencia de jurisprudencia sobre norma de vigencia inferior a cinco años (artículos 482.2.3 ° y 477.3 de la de la LEC), tratando de exigir que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de una misma sección de una Audiencia Provincial que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias de una misma sección, siendo igualmente firmes.

El Auto de 2 de julio de 2013 dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recuerda los criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en virtud del Acuerdo adoptado con fecha de 30 de diciembre de 2011, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de *Medidas de Agilización Procesal*, entre los que exige que *se invoquen, sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida y con identidad de razón con el mismo, de un lado, al menos dos sentencias firmes de una misma Sección de una Audiencia Provincial que decidan colegiadamente con un criterio contradictorio al de la resolución impugnada y, de otro, la cita de, al menos, otras dos Sentencias de una misma Sección de una Audiencia Provincial, diferente de la primera, que se adhieran al criterio mantenido en la resolución impugnada.*

<sup>163</sup> J.A. XIOL RÍOS, *El carácter vinculante de la jurisprudencia* cit. pp. 105 ss., el cual afirma literalmente que “hoy en día difícilmente se puede mantener con carácter general una concepción tan rígida”.

<sup>164</sup> F.J. MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona 2000) pp. 2320 ss., “una sola sentencia estimatoria del recurso en interés de ley forma jurisprudencia sin necesidad de ser reiteradas por otras sucesivas”, y asimismo afirma que el Tribunal Supremo puede variar su propia doctrina, si bien continúa señalando que “aunque mal cabrá que lo haga como no haya un Tribunal Superior de Justicia que le proporcione la ocasión de cambiarla con una sentencia que se aparte de esa doctrina jurisprudencial preexistente”.



## B. Matices jurisprudenciales a la figura jurídica de la ausencia

Respecto del concepto de ausencia pueden hacerse varias consideraciones, ya que entendido desde una perspectiva vulgar, no técnico-jurídica, dicho término implica que el ausente es aquel que no se encuentra, en un momento determinado, en el lugar donde su presencia es necesaria<sup>165</sup>. Por otro lado, la ausencia en un sentido jurídico, no puede entenderse como la simple no presencia, pues hay que añadir a ese elemento negativo otra circunstancia de la misma índole, como es el “ignorado paradero”<sup>166</sup>.

Diversos autores han tratado a lo largo de la historia de perfilar ese concepto, ya que entienden que para poder hablar de ausente es necesario que se dude sobre la existencia del mismo; dicho matiz permite hacer una distinción entre desaparecidos y ausentes<sup>167</sup>.

Una de los objetivos del presente trabajo es mostrar la evolución que ha sufrido a lo largo de la historia la regulación de la institución de que tratamos. En este sentido, es curioso observar las modificaciones que ha experimentado la mencionada figura jurídica, por ejemplo en materia del procedimiento para su declaración. Remontándonos al año 1951, señala Mascareñas<sup>168</sup> que la declaración de ausencia exige su publicidad en edictos que deben publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en periódicos, además de

---

<sup>165</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil* (Paris 1935) pp. 216 ss.

<sup>166</sup> C.E. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia jurídica* (Barcelona 1951) pp. 114 ss., se refiere a la ausencia como falta de noticias de la vida de una persona allí donde, con arreglo a las circunstancias, se habría podido esperar que las hubiera: “Nuestro Código civil construye el concepto simplemente a base del concepto “ignorado paradero”, pero entendemos que ese paradero, según los aportes de la moderna doctrina, debe interpretarse en el sentido de que no afecta sólo al lugar (a esta duda sobre el lugar podría referirse la ausencia vulgar que se desprende del artículo 1441), sino a la indecisión sobre la existencia.”

<sup>167</sup> A. DE COSSÍO, *Teoría general* cit. pp. 85 ss.

<sup>168</sup> C.E. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia* cit. pp. 118 ss.: “Es requisito indispensable para la declaración de ausencia la publicidad de la incoación del expediente mediante dos edictos que, con intervalo de quince días, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, en un periódico de gran circulación de Madrid y en otro de la capital de la provincia en que el ausente había tenido su última residencia o domicilio. Además se anunciará por Radio Nacional dos veces y con el mismo intervalo de quince días. Practicadas las pruebas, el Juzgado, si procediere, dictará el auto de declaración de ausencia que será apelable en un solo efecto. En este acto el Juez nombrará al representante del ausente, cuyo nombramiento podrá ser impugnado por los trámites del juicio verbal, sin necesidad de apelación contra el auto declarativo del ausente”. Señala el autor asimismo uno de los efectos que ocasiona la ausencia en materia de patria potestad, en caso de que el ausente sea el padre: “También en mentado auto se dispondrá que recaiga en la madre el ejercicio de la *patria potestad* sobre los hijos menores del ausente o se ordenará que se constituya la tutela con arreglo al Código Civil. Asimismo podrá el Juzgado otorgar con carácter general a la mujer del ausente la correspondiente licencia para todos los actos en que, conforme al Código Civil, le sea preciso la autorización del marido”.

anuncios en Radio Nacional, lo que hoy en día tacharíamos de extraño o al menos sorprendente, habiéndose llegado en épocas pasadas no tan lejanas a emitirse programas en medios de comunicación -el más usual ha sido la televisión- en los que se trataba de obtener noticias sobre una persona desaparecida.

Para comenzar con el estudio de la jurisprudencia vertida sobre la materia que es objeto de nuestro estudio, es necesario precisar que en la actualidad podemos diferenciar entre la situación de ausencia no declarada, la ausencia legal y la declaración de fallecimiento, fases diversas y por tanto con efectos diferentes que trataremos de desgranar a lo largo de este trabajo.

## **1. El desaparecido y su defensor. Un primer paso para la declaración de ausencia**

En el primero de los supuestos, el de la persona desaparecida de su domicilio o lugar de su residencia y de la que no se tienen noticias<sup>169</sup>, se exigen por tanto los siguientes requisitos: en primer lugar, la falta de noticias de la persona, en el sentido de que la mera falta inmediata de noticias no constituye base para esta situación de ausencia no declarada, ya que es preciso que haya transcurrido un determinado y prudencial lapso de tiempo<sup>170</sup>, lo importante por tanto, es que esta situación no surge desde el momento en el que se carece de noticias de una persona, sino desde que se debieren tener dichas noticias; en segundo lugar es necesario que el desaparecido no haya dejado representación legal o voluntaria<sup>171</sup> -la razón de ser de este requisito encaja con el objeto del presente estudio- la necesidad de que exista una regulación de la ausencia para evitar las consecuencias negativas de la incapacidad de actuación del desaparecido, y es que de la imposibilidad de actuación del que se encuentra en ese primer periodo deriva el abandono de sus bienes y de sus relaciones jurídicas; se

---

<sup>169</sup> T. OGÁYAR, *La novísima legislación sobre ausencia*, en *RGLJ.1* (1941) pp. 90 ss., respecto de la posibilidad de obtener noticias del que se encuentra desaparecido, entiende que para la declaración de ausencia legal es indiferente el que las noticias sean directas del ausente o hayan venido proporcionadas por un tercero, ya que si el legislador hubiera prohibido las noticias de referencia lo hubiera establecido así.

<sup>170</sup> C. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia* cit. pp. 115 ss. En este periodo es, sin embargo, indiferente el que se conozca o no el paradero de la persona, ya que se fundamenta básicamente en la no presencia, acentuada por las circunstancias que concurren en el caso.

<sup>171</sup> Según el artículo 183 Cc.

requiere además la instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, de modo que podrá solicitarla cualquier persona que tenga interés en la defensa de los bienes del ausente<sup>172</sup>; por último se exige la existencia de una necesidad perentoria<sup>173</sup>.

Se establecen asimismo una serie de criterios para delimitar las personas que pueden asumir la condición de defensor del desaparecido<sup>174</sup>, con los que se trata de impedir que tal cargo pueda ser desempeñado por el cónyuge del desaparecido menor de edad. Por otro lado, se trata de una representación para actuar exclusivamente en juicio o en asuntos de urgencia.

Acerca de la expresión “a instancia de parte interesada” que emplea el artículo 181, responde a la circunstancia de que el solicitante de la declaración tenga un interés que, de cualquier modo, aparezca subordinado al hecho presunto de la muerte, debiendo de tenerse por suficiente dicho interés para legitimar activamente su actuación la presencia de un derecho posible, sea o no de naturaleza hereditaria<sup>175</sup>.

Debe reseñarse igualmente que la jurisprudencia entendía que el prudente arbitrio otorgado al juez en virtud del artículo 181 no puede extenderse hasta el punto de prescindir de todo tipo de garantías, en defensa de los intereses del ausente<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> C. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia* cit. pp. 118 ss.: “La cualidad de parte interesada es de la apreciación discrecional del juzgador, y, por esta razón, no puede hacerse una enumeración de los que estén incluidos en dicho concepto, puesto que tampoco hay limitación para hacer la designación”.

<sup>173</sup> Es a lo que se refiere la ley al hablar de “defensor que ampare y represente al desaparecido, en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave”.

<sup>174</sup> Artículo 181 C.c. en su segundo párrafo establece: “El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente, será el representante y defensor nato del desaparecido, y por su falta, el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad. En defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el Secretario Judicial nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal. También podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las medidas necesarias a la conservación del patrimonio.” El defensor no puede ejercer el cargo sin haber practicado previamente, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario judicial de los bienes muebles y descripción de los inmuebles del desaparecido, salvo autorización especial del Juzgado para alguna actuación determinada que no consienta demora sin grave perjuicio, aunque no esté determinado el inventario.

<sup>175</sup> STS de 7 de julio de 1932.

<sup>176</sup> En la STS de 31 de marzo de 1959 se discute la interpretación que debe hacerse del artículo 181 del Código civil, en cuanto a la extensión de las funciones del defensor del ausente; centrándose en el tenor literal del meritado precepto, tras la reforma de que fue objeto por la Ley de 8 de septiembre de 1939, y, por último, la Disposición final primera de la Ley 15/15, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, el cual nos dice literalmente “nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admiten demora sin perjuicio grave”; resalta asimismo la sentencia que es erróneo no

Entre las personas obligadas a promover la declaración de ausencia legal, sin que el orden establecido por el artículo 182 sea de carácter preferente, se encuentran el cónyuge del ausente no separado judicialmente, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y el Ministerio fiscal de oficio o en virtud de denuncia; y asimismo cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte.

Es de destacar que el Código Civil no ha venido a introducir matiz alguno en este precepto en lo que respecta a la legitimación para promover la declaración de ausencia por parte del cónyuge, ya que lo que se exige es que los cónyuges no estén separados legalmente, pues no es relevante la existencia de una separación fáctica o de hecho entre los mismos. Este criterio, sin embargo, sí ha sido tenido en cuenta por el Código civil en lo que respecta al nombramiento del representante del declarado ausente, pues para que pueda ser nombrado el cónyuge del mismo sí es requisito indispensable que no estén separados legalmente ni de hecho.

En nuestra opinión esta distinción viene motivada por el hecho de que el representante del ausente tratará de velar por los intereses del mismo, así como por los de terceros que mantengan relaciones jurídicas con el ausente, de modo que si los cónyuges están separados legalmente o de hecho, esa circunstancia hace presumir la mala relación existente entre ellos, y por esa razón no podrá gestionar de modo adecuado los asuntos del cónyuge que se encuentra ausente.

Por lo que se refiere a la obligación de instar la declaración de ausencia que recae sobre el cónyuge no separado legalmente, podemos entender que se trata de una reminiscencia de la regulación anterior a la Ley de 2005, que diferenciaba

---

autorizar la venta de los bienes del ausente por parte del defensor del desaparecido, en el caso de la existencia de riesgo en la demora –tal como ocurre en el caso que se nos presenta–, hasta que la ausencia sea declarada ”errónea concepción ya que la simple apreciación del argumento proclama su inoperancia, pues puede comprenderse fácilmente que si esto fuese así, podría ocurrir el evento de ser de urgente conveniencia la necesidad para el interés del ausente la venta de sus bienes en el ínterin, tanto que la ausencia se declaraba y sería absurdo que por una mera modalidad procesal la venta no pudiese efectuarse hasta que la ausencia se hubiese declarado y el perjuicio se hubiese ya consumado; y todo ello en concordancia con el contenido del artículo 2.037 de la Ley de Enjuiciamiento Civil después de la reforma que le dio la Ley de 30 de diciembre de 1939, en cuanto esta propia amplitud que saca de las expresiones literales del artículo 181 del Código Civil. En materia de ausencia, los artículos 2031 a 2047 de la Ley de Enjuiciamiento civil han quedado actualmente derogados en aplicación de la Disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*.

marcadamente los efectos que se producían por la separación de los cónyuges en función de que fuera separación legal o de hecho<sup>177</sup>.

Pues bien, en tanto no se cumplan las diligencias que prevén los artículos 181 y siguientes del Código Civil, el ausente estará representado por el Ministerio Fiscal en las particiones hereditarias<sup>178</sup>; sin embargo, para ello es necesario que no comparezca el interesado, o no se le haya proveído de la institución tutelar, o que no intervenga el ausente en el sentido de que el procedimiento haya sido promovido por él mismo, en cuyo caso es procedente la representación por parte del Ministerio Fiscal que será una representación provisional o interina.

Mientras no se haya producido la declaración legal de ausencia, para lo que es necesario que haya transcurrido el plazo prescrito en el artículo 183 del Código Civil, puede ocurrir que, sin embargo, el ausente haya dejado nombrado apoderado, por lo que debemos plantearnos qué ocurriría con los negocios y contratos gestionados por el mismo; pues bien, a este respecto la jurisprudencia ha venido entendiendo que mientras que no exista declaración de tal ausencia, no es lícito poner en duda la eficacia legal de los contratos que otorga el apoderado del ausente dentro de los límites de su mandato<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*.

<sup>178</sup> Tal como rezaban las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1890 y de 31 de marzo de 1959. Del mismo modo lo entienden las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 19 de junio de 1879, de 2 de marzo de 1899 y de 7 de mayo de 1907. En concreto la STS de 31 de marzo de 1959 hace referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en diversas diligencias de un expediente de declaración de ausencia: “intervino el Fiscal desde el instante mismo en el que al presentarse el escrito se le citó con citación al pie de la cual estampó su firma; intervino más adelante cuando al practicarse la información testifical emitió su dictamen considerándola bien practicada y entendiendo que procede acceder a lo solicitado; sigue viéndose la firma del Ministerio Fiscal al notificársele el auto de nombramiento de defensor; más tarde intervino con motivo de las diligencias de inventario, formando ya el inventario; nuevamente el Fiscal interviene para dictaminar la petición de la autorización y venta de bienes del ausente... y ello en concordancia con la jurisprudencia de este Tribunal, el cual dice reiteradamente que desde el instante en que la consecuencia de las sentencias de un proceso puedan irradiar hacia un tercero, es forzoso que ese tercero esté presente en el proceso mismo.”

<sup>179</sup> RDGRN. de 1 de julio de 1981. Los plazos señalados en el artículo 183 del Código civil han quedado inalterados por la última modificación operada en virtud de la Disposición final tercera de la Ley 15/15, de 2 de julio *de Jurisdicción Voluntaria*.

## 2. El declarado legalmente ausente y su representante

A continuación, centraremos nuestro estudio en los pronunciamientos jurisprudenciales más destacados en la fase que venimos denominando de ausencia legalmente declarada. Ha señalado el Tribunal Supremo que la incertidumbre sobre la existencia del ausente, circunstancia que caracteriza de manera esencial esta institución, nace legalmente y de hecho el día de su desaparición o desde el momento en el que se tuvieron las últimas noticias<sup>180</sup>.

En el caso de que no proceda la declaración de ausencia legal por no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 183, surge el obstáculo legal de poder concentrar todas las facultades inherentes a la patria potestad en el cónyuge presente y ser ejercidas por éste de modo exclusivo. No obstante, la conveniencia de que los hijos sean atendidos por persona más obligada, es razón bastante que justifica la tesis de reputar al cónyuge presente como legítimo representante en determinados supuestos<sup>181</sup>.

Para seguir con este análisis jurisprudencial en materia de ausencia, debemos detenernos en el siguiente artículo del Código Civil, el 184, el cual trata de establecer un orden excluyente para la designación de administrador de los bienes del ausente (que no ha quedado modificado por la reforma señalada), siempre que la persona a la que le corresponda la representación conforme a esa preferencia, no resulte sospechosa de mala fe o ineptitud a criterio del juez, en cuyo caso debe continuarse con el orden establecido en el artículo.

Esta disposición fue objeto de diversas reformas, entre ellas la ocasionada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la cual modificó los apartados 2º, 3º y 4º, con la pretensión de eliminar la discriminación por razón de sexo y de la cualidad de los hijos, ya que eran criterios contrarios al artículo 14 de la Constitución Española de 1978<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> STS de 9 de febrero de 1935.

<sup>181</sup> RDGRN. de 10 de marzo de 1944.

<sup>182</sup> El artículo 184 C.c. ha sufrido varias modificaciones, que han ocasionado variaciones en la redacción del precepto. En su redacción original, desde 1889 hasta el 7 de noviembre de 1939, el Código Civil prescribía: “Pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente o desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.” Posteriormente, por Ley de 8 de septiembre de 1939, el artículo que venimos analizando quedó redactado como sigue: “Salvo motivo grave apreciado por el Juez,

Por otra parte, con las sucesivas reformas se ha tratado de ampliar los derechos reconocidos al llamado “representante del ausente”, muestran la tendencia del legislador a dar preponderancia, en detrimento del interés del que se encuentra en situación de ausencia, al de las personas que pudieren tener algún interés en su sucesión y al interés social, en aras de conseguir seguridad en las relaciones jurídicas<sup>183</sup>. Parece, sin embargo, criticable el hecho de que se anteponga en el orden de preferencia a los hijos sobre los padres, pues el llamamiento está basado en vínculos de cariño hacia el desaparecido y fundamentalmente en la pericia del representante.

---

corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones:

1º Al cónyuge presente mayor de edad, no separado legalmente.

2º Al hijo legítimo mayor de edad. Si hubiese varios serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor.

3º Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea, con preferencia del varón a la hembra.

4º A los hermanos de doble vínculo, varones, mayores de edad, por orden de preferencia del mayor sobre el menor, y, en su defecto, a las hermanas de doble vínculo, solteras o viudas, también mayores y en igualdad de preferencia en razón de la edad.

En defecto de las personas expresadas, corresponde la representación del declarado ausente, en toda su extensión, a la persona solvente y de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio.” La Ley de 4 de abril de 1958 dio al artículo una nueva redacción: “Salvo motivo grave apreciado por el Juez, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones:

1. ° Al cónyuge presente mayor de edad, no separado legalmente.

2. ° Al hijo legítimo mayor de edad; si hubiese varios serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor.

3. ° Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea, con preferencia del varón a la hembra.

4. ° A los hermanos de doble vínculo, varones, mayores de edad, por orden de preferencia de mayor sobre el menor, y, en su defecto, a las hermanas de doble vínculo, también mayores y en igualdad de preferencia en razón de la edad.

En defecto de las personas expresadas corresponde en toda su extensión a la persona solvente y de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio.” Finalmente quedó modificado el artículo, viendo la luz la redacción actual del artículo 184 del Código Civil, por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: “Salvo motivo grave apreciado por el Juez corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones:

1.º Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho.

2.º Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor.

3.º Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea.

4.º A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor.

En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio.”

La modificación operada recientemente en aplicación de la Disposición final primera de la Ley 15/15, de 2 de julio, de la *Jurisdicción Voluntaria*, tan sólo sustituye el término Juez por el de Secretario Judicial.

<sup>183</sup>Vide C. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia* cit. pp. 118 ss.

Aunque el Código Civil no hace llamamiento a favor de los nietos del declarado ausente, nos debemos plantear si éstos quedan excluidos a través de una interpretación del artículo *sensu contrario*. Pues sobre este aspecto ha entendido el Tribunal Supremo en diversas Sentencias que, cuando el Código Civil habla de parientes sobre los que habrá de recaer, en su caso, la representación legal del declarado ausente, se refiere al parentesco consanguíneo sin que sea lícito extenderlo a la afinidad; asimismo cuando habla de hijos se entiende que en dicha palabra están incluidos los descendientes, por lo que los nietos deben estimarse comprendidos en el número 2 de este artículo<sup>184</sup>.

El artículo 185, en cuanto a las obligaciones del representante del ausente, señala que son las propias de todo administrador, e incluso, aun cuando no se señale de modo expreso, la obligación de rendir cuentas. Se aplican subsidiariamente, y por disposición de la ley, las reglas dictadas para la tutela, interviniendo el Ministerio Fiscal como representante dativo.

La relevante STS, anteriormente señalada, de 31 de marzo de 1959, sienta también que no puede procederse a la enajenación de los bienes inmuebles del ausente sin subasta pública<sup>185</sup>. Si el ausente carece de bienes inventariables, no cabe exigir a su representación una obligación que traiga causa en la existencia de aquéllos, ni asimismo el cumplimiento de la obligación de hacer inventario. En cuanto a la autorización judicial que previene el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo es necesaria para realizar actos de transmisión o gravamen en los bienes del declarado ausente y no lo son los que tienen por objeto adquirirlos en su beneficio<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1905 y 18 de marzo de 1961. La segunda, aludiendo ya a la consideración jurídica mantenida por este mismo Tribunal con anterioridad, en concreto lo dispuesto en sentencia aludida del año 1905, dice: “debiendo tenerse presente que, cuando la Ley habla de parentesco hay que atenerse a la definición del concepto que se hace en el artículo 916 del propio Cuerpo Legal, sin que sea lícito hacerlo extensivo a la afinidad si la Ley no lo dispone especialmente en cada caso concreto.”

<sup>185</sup> La meritada sentencia reseña el contenido literal del artículo 185 del propio Código civil, el cual declara aplicables a los representantes dativos del declarado ausente, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela, “sustituyéndose la intervención del protutor y el acuerdo del Consejo de Familia por el informe del Ministerio Fiscal y la decisión del Juez, y el artículo 272 del Código requiere la subasta pública para la enajenación de inmuebles.” Se detiene la sentencia, además, en especificar que el prudente arbitrio que el artículo 181 del Código otorga al Juez, “no puede extenderse hasta el punto de prescindir de toda clase de garantías en defensa de los intereses del ausente, pues todos los actos del defensor deben tender a la conservación del patrimonio del ausente.”

<sup>186</sup> STS de 12 de noviembre de 1952.



Siguiendo esta línea interpretativa del Tribunal Supremo, nos planteamos por tanto el siguiente interrogante, ¿las enajenaciones realizadas sin autorización judicial son válidas?

Si entendemos que la venta realizada sin autorización judicial es anulable en cuanto se puede convalidar por el menor al llegar a la mayor edad, aplicado ello al ámbito de la ausencia, nos permitiría concluir que dicha venta sería válida si fuere posteriormente convalidada por el ausente cuando apareciera<sup>187</sup>.

Una vez analizados los matices jurisprudenciales que derivan de las obligaciones de los representantes del declarado ausente, nos centramos en los derechos que tienen atribuidos, entre los que se encuentra el de percibir un porcentaje de los beneficios líquidos, el cual viene fijado por el juez tomando en consideración el importe de las rentas, las obligaciones familiares del ausente y los actos y gastos propios del mantenimiento del patrimonio, sin perjuicio de cualquier otra circunstancia que sea aprovechable por el juez para determinar una suma equitativa entre la importancia de los bienes que son administrados, los beneficios que producen, las reservas propias para atender a los gastos de la explotación de ese patrimonio y la actividad más o menos diligente, más o menos atinada del propio representante. Además de ello, pueden realizar actos dispositivos autorizados por el Juez para atender a situaciones de necesidad o permitir negociaciones evidentemente convenientes para el patrimonio del declarado ausente, situación que se hace necesaria sobre todo en caso de bienes perecederos<sup>188</sup>.

El artículo 190 es aplicable a los derechos sucesorios a favor del ausente (ser heredero, recibir bienes de una sucesión fideicomisaria), o también a derechos de naturaleza no sucesoria (a una renta vitalicia), pero en todo caso son derechos

---

<sup>187</sup> STS. de 19 de diciembre de 1954.

<sup>188</sup> STS. de 12 de noviembre de 1952.

reclamables bajo la condición de la existencia con vida del declarado ausente<sup>189</sup>. El *animus probando* corre por cuenta del reclamante del derecho<sup>190</sup>.

Este artículo -el 190Cc.- no es aplicable si concurrió el ausente al contrato en que nació su derecho y lo que quedó pendiente fue el día en el que había de hacerse efectivo<sup>191</sup>. Cuando se reclama un derecho que pertenecía al ausente, si éste existiera, quien tal derecho opone y en tal sentido afirma la existencia de aquél, ha de probar que el ausente vivía, al tiempo de abrirse la sucesión a la que era llamado, tal como ha señalado el Tribunal Supremo.<sup>192</sup>

Avanzando en el análisis de los preceptos de la ausencia, observamos que el artículo 191 Cc. plantea el supuesto de que el ausente sea llamado a una sucesión, una vez producida la declaración de fallecimiento. La ley establece como solución ante este caso que los bienes pasen a los coherederos del ausente, si bien, se trata simplemente de una reserva a su favor, ya que los bienes no son adquiridos hasta la declaración de fallecimiento del ausente, en aras de acreditar su muerte; sin perjuicio de que si reaparece, adquiere los bienes, sirviendo su inventario para el mantenimiento de la cuantía y el estado de los mismos.

Detengámonos en el significado que el Código Civil quiso atribuir a la expresión “persona con derecho propio para reclamarla” que emplea el artículo 191.

La doctrina denominada clásica entiende que se trata de aquellas personas que gozan del derecho de representación, como en el caso de los hijos del ausente<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Artículo 190 Cc.: “Para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia, es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.”

<sup>190</sup> Al hilo de este precepto debemos destacar el contenido de alguna sentencia, entre otras, la STS. de 10 de abril de 1980, en virtud de la cual a estos efectos de la posible reclamación, y a pesar de la precaria situación económica y patrimonial en que se encuentren unos ausentes en ignorado paradero, no pudiendo acreditarse sin embargo que los mismos están en las circunstancias de hecho que la ley exige para obtener el beneficio de pobreza, no puede concederse, aunque los únicos bienes que se conocen de ellos den una renta inferior al doble jornal de un bracero.

<sup>191</sup> STS. de 28 de octubre de 1914.

<sup>192</sup> Sentencias de 24 de noviembre de 1927 y de 9 de febrero de 1935. Es requisito indispensable para la adquisición o transmisión de un derecho, acreditar la existencia del ausente en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

<sup>193</sup> Autores como F. CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral* (Madrid 1958) pp. 226 ss.

Sánchez Román apoya esta teoría, sin perjuicio de establecer una distinción basada en que el ausente tenga o no la calidad de heredero forzoso respecto del causante, pues prevalecerá el derecho de acrecer cuando el ausente sea llamado como heredero voluntario, ya que aun existiendo entonces descendientes del mismo, no puede aplicarse el derecho de representación<sup>194</sup>.

La doctrina denominada moderna, critica la teoría del derecho de representación, ya que esta fórmula de llamamiento presupone en general la muerte del representado, y no existiendo prueba ni tan solo presunción de la muerte del ausente, no caben soluciones que la presupongan; por tanto, serán personas con derecho propio para reclamar la porción del ausente las que puedan hacerlo sin necesidad de demostrar su muerte, como sucede con los sustituidos, para el caso de que el instituido no pueda aceptar la herencia<sup>195</sup>.

Según el artículo 929 del Código Civil “no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”; pero debemos plantearnos un interrogante en el ámbito de la ausencia, objeto de nuestro estudio: ¿es posible aplicar el derecho de representación?, es decir, ¿los nietos pueden heredar al abuelo estando el padre constituido legalmente en ausencia?, pues la no aplicación del derecho de representación daría lugar a situaciones tan absurdas como que los nietos no podrán heredar a su abuelo. La dificultad estriba en que en el momento de abrirse la herencia aún no existe, con respecto del ausente, la declaración formal de su fallecimiento y puede ocurrir que en realidad esté vivo<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil y el Código civil e Historia general de la Legislación española* (Madrid 1911) pp. 356 ss.

<sup>195</sup> G. GARCÍA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en RDP.28 (1944) pp. 772 ss.; P. LABAND, *Los efectos jurídicos de la gestión representativa*, en ADC. 21 (1978) pp. 489 ss.; L. DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (Madrid 1979) pp. 33 ss.; B. PÉREZ GONZÁLEZ Y B. ALGUER, *Tratado de Derecho civil* (Barcelona 1981) pp. 147 ss.; F. DE CASTRO, *Derecho civil* cit. pp. 511 ss.; F. HERNÁNDEZ GIL, *Comentarios del Código civil* (Barcelona 2000) pp. 906 ss.; I. GALINDO GARFIAS, *Representación, mandato y poder*, en RDP.1 (2002) pp. 13 ss.

<sup>196</sup> La STS. de 24 de noviembre de 1927 aplicó el derecho de representación en sentido negativo, pues se declararon herederos del ausente a sus sobrinas carnales como sus más próximos parientes, ya que no se demostró la existencia del hijo del ausente al tiempo del fallecimiento de su padre y por carecer aquél de ascendientes y descendientes.

El artículo 192 señala que lo prescrito en el artículo anterior debe entenderse sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes<sup>197</sup>.

Respecto de las personas legitimadas para instar la declaración de fallecimiento, el tenor literal del artículo 193, que regula la materia, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo de la misma manera que la expresión “a instancia de parte interesada” que emplea el artículo 181<sup>198</sup>. Ha de entenderse por tanto de la manera más amplia posible y responde a la circunstancia de que el solicitante de la declaración tenga un interés que, de cualquier modo, aparezca subordinado al hecho presunto de la muerte, debiendo tenerse por suficiente dicho interés para legitimar activamente su actuación, con la existencia de un derecho posible, sea o no de naturaleza hereditaria. Lo mismo ha de entenderse respecto de la legitimación para instar judicialmente la declaración de fallecimiento, pues hay que dar gran amplitud a la misma expresión “parte interesada” que emplea el artículo 2042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>199</sup>.

En lo referente al aspecto registral, la anotación preventiva de desaparición a que se refiere el artículo 154.4º del Reglamento del Registro Civil, en relación con el número 3º del artículo 193 del Código Civil, deben hacerse una serie de

---

<sup>197</sup> La STS. de 15 de octubre de 1963, hace referencia a la falta de relación del asunto del pleito “que versa sobre la supuesta simulación de unas compraventas que se instrumentaron en documentos privado y que figuran otorgados por la madre de los litigantes, en beneficio exclusivo de su hijo, el demandado, y por un precio irrisorio, y firmando, a ruego de la vendedora, un testigo”, con el contenido del artículo 192 del Código Civil, que se invoca como infringido, el cual pertenece al título VIII del libro I de dicho Cuerpo legal, “que alude a los efectos de la declaración de ausencia, y se refiere concretamente a los derechos que competen al ausente para ejercitar las acciones de petición de herencia que le correspondan”, pues en este caso no se hace alusión alguna a la ausencia de ningún coheredero.

<sup>198</sup> STS. de 7 de julio de 1932.

<sup>199</sup> Señalar que este artículo se encuentra actualmente derogado en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, de 2 de julio de *la Jurisdicción voluntaria*, en vigor desde el 23 de julio de 2015. C. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia* cit. pp. 120 ss. Al igual que en el caso de la declaración de ausencia, en materia de declaración de fallecimiento, la instancia correspondiente deberá acompañarse de las pruebas conducentes a la justificación de los requisitos que señalan los artículos 193 y 194 del Código Civil. El juez acordará de oficio la práctica de cuantas pruebas estime necesarias y ordenará en todo caso -según el autor- la publicación de los edictos, dando conocimiento de la existencia del expediente, con intervalo de quince días, en el Boletín Oficial del Estado, en un periódico de gran circulación de Madrid, en otro de la capitalidad de la provincia en que el ausente hubiere tenido su última residencia o, en su defecto, su último domicilio, y por la Radio Nacional. Practicadas las pruebas y hechas las aludidas publicaciones, el juez dictará auto declarando el fallecimiento si resultan acreditados todos los requisitos que, para sus respectivos casos, exigen los artículos citados del Código Civil.

consideraciones, en las que nos detenemos en este momento<sup>200</sup>. En materia de inscripción es necesario señalar el nuevo contenido del artículo 198 del Código civil, dado por la reforma operada en aplicación de la Disposición final primera de la Ley 15/15, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, quedando redactado el precepto con el siguiente tenor literal: “En el Registro civil se harán constar las declaraciones de desaparición, ausencia legal de fallecimiento, así como las representaciones legítimas y dativas acordadas, y su extinción. Asimismo se anotará los inventarios de bienes muebles y descripción de inmuebles que en este Título se ordenan; los decretos de concesión y las escrituras de transmisiones y gravámenes que efectúen los representantes legítimos o dativos de los ausentes; y la escritura de descripción o inventario de los bienes, así como de las escrituras de partición y adjudicación realizadas a virtud de la declaración de fallecimiento o de las actas de protocolización de los cuadernos particionales en sus respectivos casos.”

El Reglamento del Registro Civil, en su artículo ya mencionado, 154.4º, prevé la posibilidad de pedir la anotación preventiva, al margen de la inscripción del nacimiento, de la circunstancia de la desaparición de una persona, cuando se ha producido en una situación de riesgo inminente de muerte. Tal anotación puede instarse a petición del Ministerio Fiscal o cualquier interesado, y funciona como anticipo de la declaración de fallecimiento por el plazo abreviado de dos años a que se refiere el artículo 193.3<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Artículo 154 del Reglamento del Registro Civil, Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el *Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil*: “Cabrán también la anotación: 1.º En sustitución de inscripción principal que no pueda practicarse inmediatamente o a cuyo Registro sea imposible el acceso y al solo efecto de servir de soporte a asientos marginales; en la anotación se indicará este carácter especial, y puede extenderse en virtud de declaración del interesado; desaparecida la situación que la motivó, será cancelada, y los asientos marginales, trasladados, en su caso. 2.º De la resolución judicial española denegatoria de la ejecución de una sentencia anotable. 3.º Del prohijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficencia. 4.º De la desaparición de hecho en virtud de sentencia firme, expediente gubernativo o declaración de la autoridad judicial que instruya las diligencias seguidas por causa de siniestro o de violencia contra la vida, en que el desaparecido se hubiera encontrado con riesgo inminente de muerte, o en virtud del auto por el que se constituye la defensa. En la anotación, se indicará la fecha del siniestro o violencia y cuantas circunstancias puedan influir, en su día, en la declaración de fallecimiento. A falta de reglas especiales se aplican las de las inscripciones de declaración de ausencia y fallecimiento.”

<sup>201</sup> Resoluciones de la DGRN. de 11 de agosto y 21 de septiembre de 1981, de 29 de noviembre de 1982, de 2 de enero de 1984, de 3 de junio de 1985, y de 18 de febrero de 1987. Señala la Resolución de fecha 3 de junio de 1985 asimismo, que tal anotación no posee más que un valor meramente informativo del hecho a que se refiere, es decir, la desaparición en las circunstancias que expresa, sin que constituya prueba respecto del hecho inscrito. Otras Resoluciones como la de 11 de noviembre de 1980, 11 de agosto y 21 de septiembre de 1981, y otras como las de 18 de febrero de 1987 y 3 de febrero de 1992, exponen que: “Si llega a acreditarse la desaparición de la persona en una situación de peligro, puede también, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, practicarse como resultado del expediente al

Los artículos 193.3 y 194 del Código Civil, cuya redacción actual viene dada por la Ley 4/2007 de 7 de enero, *de modificación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros*, y habiendo sido recientemente objeto de reforma en aplicación de la Disposición final primera de la Ley 15/15, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, se refieren a los supuestos en los que procede la declaración de fallecimiento por la interferencia de un peligro grave para la vida del ausente; pues bien, es precisamente en esa existencia del peligro grave, nacido de una catástrofe o accidente mortal, suficientemente conocido y probablemente determinante de la muerte de la persona, donde se encuentra la distinción, admitida en la moderna terminología civil de la ausencia, entre ausentes y desaparecidos<sup>202</sup>.

El siguiente paso es analizar la necesidad de probar la certeza de la muerte para poder inscribir la defunción en el Registro Civil; según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se repite a partir de la Resolución de fecha 26 de febrero de 1980 y otras posteriores<sup>203</sup>. Para decidir en expediente gubernativo la inscripción en el Registro Civil, fuera de plazo, de la defunción de una persona desaparecida o de un cadáver inhumado, es preciso que se pruebe la certeza de la muerte en tal grado que excluya cualquier duda racional. Así, este grado de certeza no se alcanza cuando los testigos no son presenciales porque no vieron el cadáver ni presenciaron la muerte, y no precisan detalle alguno de la defunción o no hay documentación oficial de la época que acredite o se deduzca la muerte, o incluso ni tan siquiera consta el lugar del enterramiento<sup>204</sup>.

---

margen de la inscripción de nacimiento del desaparecido la anotación de la desaparición de hecho a que se refiere el art. 154.4º del Reglamento del Registro Civil."

<sup>202</sup> Esta distinción entre ausentes y desaparecidos, que actualmente es fundamental, ya había sido recogida en una STS. de 26 de abril de 1901.

<sup>203</sup> Resoluciones de la DGRN de 12 y 31 de marzo de 1980, 18 de agosto de 1980, 1,2,3 y 8 de octubre de 1980, 13 de octubre de 1980, 24 de marzo de 1981, 4 de mayo de 1981, 11 de agosto de 1981, 21 de septiembre de 1981, 9 de julio de 1985, 25 de febrero de 1986, 19 de octubre de 1987, 17 de junio de 1988, 14 de marzo de 1989, 21 de diciembre de 1990, 8 de febrero de 1991, 18 de marzo de 1992, y 29 de octubre de 1996.

<sup>204</sup> Resoluciones de la DGRN de 22 de mayo y 11 de agosto de 1980, 21 de diciembre de 1990, 21 de marzo de 1994, 19 de mayo y 6 de octubre de 1995, 2 de septiembre de 1996, y 29 de octubre de 1996, entienden que en tales circunstancias "de las pruebas presentadas puede deducirse la fama de la muerte, pero ello no basta a los efectos del expediente según el artículo 278 del Reglamento del Registro Civil." Asimismo, según la RDGRN de 2 de septiembre de 1996: "En esta situación lo más que puede estimarse justificado es la fama de la muerte, cuando ésta no basta para la inscripción." Esta última Resolución reitera un argumento que había venido siendo anunciado en Resoluciones anteriores como la de 22 de mayo y 11 de agosto de 1980, la de 19 de enero de 1981, la de 18 de febrero de 1987, de 6 de julio de

En relación con el contenido de las Resoluciones anteriormente mencionadas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y respecto de las desapariciones durante un período de guerras -en especial la Guerra civil española- señalamos que al cabo de los años han surgido diversos supuestos, en los que se plantea si diversas publicaciones pueden llegar a afectar a los derechos fundamentales de los desaparecidos en combate, como son el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española; sin embargo, en otras ocasiones es nuestra jurisprudencia la que ha resuelto estas cuestiones, entendiendo que en realidad se ocasiona un conflicto de derechos, entre los anteriormente enumerados y la libertad que proclama el artículo 20 de la Norma fundamental. Un ejemplo de ello es la STS. 816/2009, de 4 de diciembre, respecto de la publicación de un Capítulo sobre la materia titulado “Castilla-La Mancha, Cementerio de Talavera de la Reina, Toledo”<sup>205</sup>.

---

1992, de 27 de noviembre de 1993, de 21 de marzo y 4 de mayo de 1994, y las de 19 de mayo y 6 de octubre de 1995, según las cuales: “La posibilidad que abre la Ley del Registro Civil para inscribir la defunción, aunque el cadáver hubiese desaparecido o se hubiese inhumado, no pretende, como señala la Exposición de Motivos “desvirtuar los preceptos del Código sobre la declaración de fallecimiento”, puesto que en los supuestos contemplados en la Ley se sabe “sin duda alguna” que la persona ha fallecido, y quedan así excluidos aquellos casos en que no es el cadáver, sino la misma persona viva la que desaparece, aunque pueda después inferirse el fallecimiento por el transcurso del tiempo sin tenerse más noticias de la persona, pues para estas hipótesis sigue vigente el régimen especial de la declaración de fallecimiento, al amparo de los arts. 193 y siguientes del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” El caso concreto que recoge la Resolución de 29 de septiembre de 1980, de presunción de fallecimiento en acto de guerra justifica la certeza del fallecimiento, tal como expone la propia Resolución, la cual, siguiendo sus palabras, dice: “Ese grado de certeza ha quedado justificado...a la vista del conjunto de las pruebas practicadas, especialmente las convincentes declaraciones de un testigo, que, si no vio el cadáver, sí vio caer a la persona herida grave en un combate, y afirma saber que fue enterrado; máxime si se tienen en cuenta las extraordinarias circunstancias de una defunción acaecida en acción de guerra.”

<sup>205</sup> STS. 816/2009, de 4 de diciembre. Hace referencia a la doctrina del reportaje neutral, la cual encuentra su base en la doctrina jurisprudencial norteamericana del 'neutral reportaje doctrine', proclamada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre y 8 de julio de 1986, casos Handyside y Linpens, respectivamente, y que se aplica como recuerda la Sentencia de 21 de julio de 2008, como protectora de la información difundida cuando se reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito limitándose a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones del tercero que pueden eventualmente ser contrarias al artículo 18.1 CE, resultando insuficiente, para estimar cumplida la diligencia, con acreditar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de lo declarado. El medio informativo es un mero transmisor, transcribe exactamente lo manifestado por su fuente, pero debe personalizar en concreto de quién partieron las manifestaciones vertidas, es decir han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas.

### 3. Proceso de ilocalización del demandado

Asimismo, han surgido en la práctica jurisprudencial determinados supuestos caracterizados por la complejidad en la localización del demandado por parte de los órganos jurisdiccionales. Este problema se ha visto agravado en los últimos tiempos por la falta de presencia física de las personas, sean individuos o entidades, debido al empleo de los medios telemáticos, como forma de interrelación social y laboral de manera cada vez más habitual.

La jurisprudencia ha tratado de atajar el problema esencial de la ausencia, que no es otro que la imposibilidad o falta de voluntad de actuación del ausente, según que la situación se haya ocasionado de manera involuntaria o de modo consciente por parte del ausente respectivamente.

Señala la jurisprudencia que el domicilio del demandado –a efectos de localización y requerimiento del mismo- será el real al tiempo de la demanda en el que pueda ser hallado y requerido, aun cuando no sea el expresado en la demanda o contrato del que trae causa la acción correspondiente que se ejerce. De modo que, si el domicilio del demandado ha cambiado tras la admisión de la demanda, se estará entonces a la competencia territorial, salvo que en todo caso fuere posible llevar a efecto el requerimiento.

Puede ocurrir que el demandado no fuere conocido, por lo que se deberán llevar a cabo todas las posibles gestiones de comprobación oportunas<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> Supone ello que si, admitida la demanda, se averigua que el domicilio del deudor no era realmente el designado en la misma, sea por error sea por cambio sobrevenido con anterioridad a la demanda habrá, por aplicación analógica del art. 48 LEC, de declararse la inhibición a favor del Juzgado territorialmente competente incluso de oficio (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 o 17 de febrero y 16 de octubre de 2005) sin que sea óbice la previsión del art. 411 LEC que sólo rige cuando se comprueba un cambio de domicilio posterior a la admisión de la demanda que no impedia en su momento practicar el oportuno requerimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2004, 14 de marzo y 11 y 25 de abril de 2005 y 8 de noviembre de 2006, entre otras). Criterio también aplicable en los supuestos en que en el domicilio señalado en la demanda, el deudor no sea conocido o sea erróneo. En estos casos se impone practicar las gestiones necesarias para la localización y averiguación del domicilio real que habrán de agotarse hasta su comprobación (STS. de 20 de abril de 2005), sin perjuicio de que como resultado de esas gestiones fallidas pueda ser hallado en otro lugar para practicar el requerimiento (tal como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005) en orden a pronunciarse sobre una competencia territorial distinta que ha de quedar previamente acreditada (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de junio de 2005), y una vez agotando las gestiones oportunas para averiguar el lugar en que pudiera ser hallado el deudor para su requerimiento.



Si el demandado ostenta la condición de persona jurídica y no física, a fin de determinar el órgano judicial competente para conocer del asunto han surgido dos teorías contradictorias; por un lado, la teoría general - apoyada por el Tribunal Supremo-, la cual sostiene que debe estarse al domicilio social con independencia del administrador que deba ser requerido, siendo por tanto lo relevante el domicilio del deudor; y por otro, la teoría minoritaria -que ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía- que sigue el criterio del domicilio en que pudiere ser hallado el administrador a efectos de requerimiento<sup>207</sup>.

En materia de contratos, encontrándose desaparecido de su domicilio y lugar de residencia una de las partes, en concreto la obligada al pago -el comprador-, no respondiendo al requerimiento del vendedor se origina un incumplimiento del contrato, y con ello, la posibilidad de la resolución del mismo<sup>208</sup>.

Señala la jurisprudencia la imposibilidad del cumplimiento del contrato con causa imputable a una de las partes, el comprador, el cual se encuentra ilocalizado e ilocalizable, lo que en definitiva implica su imposibilidad de actuar y cumplir con sus obligaciones, y por ello es por lo que la jurisprudencia ha tratado de evitar las consecuencias propias del problema de la ausencia, esto es, la inseguridad que genera la falta de noticias de una persona respecto de las relaciones jurídicas mantenidas con terceros, con el vendedor en este caso.

---

<sup>207</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Granada nº 139/2009, de 29 de septiembre hace mención a la doctrina constante del Tribunal Supremo, según la cual por domicilio del deudor demandado ha de entenderse el real al tiempo de la demanda en que puede ser hallado y requerido, aunque no sea el expresado en la demanda o en el contrato de que trae causa la acción. Tal doctrina aparece recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 7 de octubre y 12 de noviembre de 2004; 16 de marzo, 1 de abril y 16 de diciembre de 2005 y 14 de junio de 2006, entre otras. Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 23 de febrero y 28 de septiembre de 2004, 28 de febrero de 2005 y 8 de febrero de 2007: “Toda esta doctrina se mantiene con algunas matizaciones cuando la demandada en juicio monitorio es una sociedad o persona jurídica. En este caso, para determinar el fuero legal e imperativo habrá de estarse o será suficiente para aceptar la competencia territorial, la del partido judicial del que sea domicilio social de la entidad cualquiera que sea el del administrador o representante con el que se haya de practicar el requerimiento, lo que opera, incluso, en los casos frecuentes en que la sociedad haya dejado de funcionar en esa sede social, o haya desaparecido *de facto* o quedado sin actividad.”

<sup>208</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias nº 24/2000, de 19 de enero. “El hecho de que se hallen los demandados en rebeldía, no implica allanamiento ni conformidad a los hechos constitutivos de la demanda, ni exime de la obligación de examinar los presupuestos de la acción,... En el caso que se nos plantea se observaba el problema de la imposibilidad de comunicación con los demandados (compradores), y no por causa de la inactividad del actor, sino por la propia conducta de los mismos, quienes desde 1991 no sólo han dejado de abonar los plazos de abono del contrato de compraventa celebrado en 1989, según acredita la documental sino que además han desaparecido de su lugar de residencia, que no era otro que el inmueble objeto del contrato.”

#### 4. Incumplimiento de las obligaciones del ausente en su condición de progenitor

Otro de los efectos que la ausencia de uno de los progenitores puede ocasionar en las relaciones paterno-filiales, es en lo relativo al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. Este aspecto ha sido tratado por la jurisprudencia y asimismo la ley ha venido a regular también las peculiaridades que pueden llegar a producirse en el ejercicio y titularidad de la patria potestad como consecuencia de que los progenitores vivan separados, situación que puede ocasionarse por la ausencia de uno de ellos<sup>209</sup>.

La jurisprudencia ha llegado a conocer asuntos en los que el progenitor no cumple con sus obligaciones para con el hijo, adoptándose como medida la privación de la patria potestad del mismo sobre el hijo. Ese incumplimiento puede derivar de la situación de ausencia en la que se sitúa voluntariamente el progenitor, desconociéndose su residencia, de modo que en ese caso ni siquiera llegará a producirse una oposición a dicha privación por parte del progenitor ausente, encontrándose totalmente al margen de los intereses y las necesidades de su hijo, respecto del que incumple las obligaciones que le corresponden para con él<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> La STS de 28 de febrero de 1984 recuerda que “Al concebir la patria potestad, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, como una función del padre y de la madre en beneficio del hijo, la atribuye conjuntamente a ambos progenitores, si bien, atendiendo a ciertas situaciones, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, en la que los padres viven separados, y sin que la titularidad conjunta se altere, asigna su ejercicio a aquél de los padres con el que el hijo conviva, sin perjuicio de que el juez a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

<sup>210</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 399/2010, de 6 de septiembre: “Establece el artículo 170 del CC que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, no obstante, y en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. Dicho precepto debe, por tanto, coordinarse con la regulación del instituto de la patria potestad que contienen los artículos 154 y siguientes del mismo texto sustantivo. La privación de la patria potestad tiene como fundamento inmediato el incumplimiento grave de los deberes que están incluidos en aquélla, según expone con claridad la STS, número 998/2004, Sala 1.ª, de 11 de octubre. Así, opera a modo de sanción por la infracción que supone la desatención de las obligaciones básicas del progenitor para con su hijo. Además, existe un fundamento mediato, que es la protección del menor sujeto a la patria potestad, puesto que resulta obvio que un progenitor que no ha cumplido sus deberes aparece como una persona perjudicial para el niño, por haberse desvinculado del mismo afectivamente, tornándose un extraño, y por la incapacidad que evidencia su desapego para afrontar las necesidades del hijo, que requieren una atención continua y una preocupación constante.”

Por su parte, la STS. de 9 de julio de 2002, establece que “...siendo la contemplada en el art. 170 C.C. una declaración genérica, al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración; debiendo tales incumplimientos estar debidamente probados

### III. CONCLUSIONES

Es un hecho objetivo el que las personas desaparecen de modo que dejan de tenerse noticias suyas, llegando no sólo a desconocerse su paradero, sino incluso a dudarse de su propia existencia, si bien en la actualidad el desarrollo de la tecnología ha permitido la finalización de ciertas de esas situaciones de incertidumbre sobre el paradero o existencia de algunas personas.

Las situaciones descritas anteriormente, provocadas por la desaparición de una persona sea o no de manera voluntaria, conllevan la imposibilidad de su actuación y con ello el desgobierno de su patrimonio y del resto de sus relaciones jurídicas.

Para resolver la problemática derivada de esa mencionada incapacidad de actuación por parte del desaparecido se hace necesaria una regulación jurídica específica. El Derecho interviene para resolver ese problema de inseguridad jurídica que resulta de la desaparición o ausencia de un sujeto de derecho, tratando de salvaguardar los intereses de las personas afectadas por esa situación de incertidumbre, esto es, no sólo los de la persona ausente sino también los de los terceros que mantienen relaciones jurídicas con el que se encuentra en esa situación de desaparición o ausencia.

---

*ponderando las circunstancias, efectos y consecuencias de las conductas, en proyección al mejor y mayor bien del niño.” Esta doctrina ha sido seguida por múltiples sentencias de distintas Audiencias Provinciales, (A.P. de Barcelona de 22 de noviembre de 2004, A.P. de Guadalajara de 20 de octubre de 2004 y A.P. de Cáceres de 26 de julio de 2004, entre otras), para supuestos muy similares al que nos ocupa, donde hay un olvido de las obligaciones familiares por parte de uno de los padres, si bien hay que destacar que en dichas sentencias se comprueba que el progenitor incumplidor se opone a tal privación de la patria potestad, pese a lo cual se acuerda tal privación. Sin embargo en este caso el padre, ni siquiera se opone a tal pretensión de la madre demandante, por haber desaparecido del lugar en que residía, volviendo al parecer a Rusia, sin que conste de los datos recabados de los archivos y registros públicos que tenga su residencia en algún otro lugar de España. En definitiva, entendemos que quien como el demandado se desentiende de su hijo, no sólo no procurándole recursos económicos, sino ni tan siquiera los afectivos, no puede ostentar la patria potestad, pues la misma implica una dirección sobre aspectos tan esenciales como la educación y la formación del menor que no pueden dejarse en manos de quien incumple de forma absoluta los mínimos impuestos en la sentencia de separación, pues no resulta beneficioso para la menor que su padre pueda tener un poder de dirección sobre las facultades y deberes que ha demostrado no querer asumir ni cumplir. Todo ello sin perjuicio que de conformidad a lo establecido en el apartado segundo del artículo 170 del Código Civil, pueda acordarse la recuperación del derecho cuando se acredite un cambio radical de actitud en el comportamiento del padre, esto es tras ganarse el cariño, afecto, amor, consideración y respeto de su hijo, demostrando una real y verdadera voluntad de cumplir con sus obligaciones como padre; voluntad que no muestra quien desaparece de su domicilio sin dejar rastro de su localización de manera voluntaria (o bien de manera involuntaria, quedando imposibilitado para mostrar dicha voluntad).”*

Para aproximarnos al concepto de ausencia y permitir una delimitación del mismo deben tenerse en cuenta determinados matices. En primer lugar es necesario plantear si la ausencia es o no un estado civil, pues si la respuesta es afirmativa resulta que la ausencia afecta a la capacidad jurídica del ausente. Podemos definir el estado civil como la situación de derecho en que se encuentra una persona, pudiendo un mismo sujeto ser poseedor de diversos estados de derecho basados en diferentes criterios, como el de la mayor o menor edad, o el del matrimonio. Sin embargo, la delimitación de los posibles estados civiles existentes no es fácil, ya que existe una discrepancia en la doctrina acerca de dicha concreción, lo cual no es óbice para considerar ésta como una cuestión fundamental, pues la capacidad de un sujeto de derecho depende de su estado civil, entendido, desde una perspectiva jurídica, como conjunto de situaciones relevantes en las que se encuentra. Ahora bien, aunque es cierto que la ausencia produce determinados efectos en las relaciones del ausente, fundamentalmente a nivel patrimonial y familiar, no se modifica sin embargo la capacidad jurídica del que se encuentra en dicha situación, pues el ausente sigue manteniendo la misma capacidad que poseía con anterioridad a ocasionarse la ausencia.

Para poder hablar de ausencia desde una verdadera perspectiva técnica-jurídica es necesario que concurren ciertos requisitos, pues no basta con que una persona esté desaparecida, no presente en su domicilio o lugar de residencia habitual, sino que además debe ocasionarse una falta de noticias suyas.

El primer requisito para hablar de ausencia, por tanto, es la falta de presencia del domicilio; y es esencial la concreción del domicilio como lugar de localización y en el que poder actuar cuando lo exija la ley. Hasta aquí ha llegado también el desarrollo de la técnica y de los nuevos medios de comunicación, los cuales han permitido una localización a través de un lugar no ya físico, sino virtual, pero en cualquier caso real. Esa falta de presencia física a la que nos referimos debe acompañarse de falta de noticias, como premisas iniciales, dando lugar a una situación de incertidumbre.

En la figura de la ausencia, de acuerdo con el Derecho español, pueden separarse diversas fases o momentos en los que encontrarse el desaparecido; siendo esas fases diferentes, también lo serán sus efectos. El primer paso de la ausencia es el de la

desaparición del lugar del domicilio o de residencia habitual, sin exigirse un mínimo de tiempo de duración de dicha situación; si en el transcurso de ese periodo surge algún asunto que no admita demora sin grave perjuicio, es necesaria la designación de un defensor que ampare los intereses del que se encuentra desaparecido. Esta primera fase de la ausencia es la que se ocasiona por la concurrencia de las circunstancias que recoge el artículo 181 del Código Civil; en la que la ley trata de amparar a la persona del desaparecido y sus intereses mediante la figura de un defensor que proteja los intereses de quien se encuentra desaparecido, si bien no de manera ilimitada, sino sólo en juicio y para negocios que no admitan demora sin grave perjuicio.

La segunda fase es la que denominamos ausencia legal, que requiere una resolución judicial, mediante auto. Además, esa situación de ausencia legal es completamente independiente de la simple ausencia, no requiriéndola como paso previo para poder hablar de ausencia legalmente declarada, y de la fase posterior de declaración de fallecimiento, pues esta última no requiere tampoco una previa ausencia declarada legalmente. Ésta, la ausencia declarada legalmente, puede ser una situación indefinida en el tiempo, en cuanto que no existe obligación legal de instar la declaración de fallecimiento, a diferencia de lo que ocurre con la declaración de ausencia, supuesto en que la ley obliga a determinadas personas a instarla.

Esta fase de la ausencia legal finaliza bien por la reaparición del ausente, de modo que deja de ser necesaria la intervención del representante para la protección de sus intereses, bien por muerte o declaración de fallecimiento del ausente.

Con la declaración de fallecimiento llegamos a la última fase de la ausencia, estableciendo la ley una presunción *iuris tantum* de muerte del ausente, de modo que se entiende que el declarado fallecido ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo prueba en contrario.

Ha sido considerable, en calidad y cantidad, la jurisprudencia vertida sobre la figura jurídica de la ausencia, ya sea sobre la simple ausencia, la ausencia declarada judicialmente o bien la última etapa de la declaración de fallecimiento.

En esa primera fase de simple ausencia el Código Civil exige que, para solicitar la designación de defensor del desaparecido, se tenga un interés legítimo, entendido por la jurisprudencia como titularidad de un derecho posible, sea o no de naturaleza

hereditaria; en este sentido actúa el juez bajo su propio arbitrio, si bien debiendo el mismo ser prudente, esto es lo que la jurisprudencia entiende como límite para garantizar el pleno respeto a los intereses del ausente. En este ámbito, llama la atención en las diversas reformas sufridas por el Código Civil el hecho de que, para que una persona pueda solicitar la declaración de fallecimiento de su cónyuge sea necesario que los mismos no estén separados legalmente, sin importar si lo que existe es una separación de hecho; mientras que no debe existir separación entre los cónyuges de naturaleza legal ni tampoco de hecho para que uno de ellos sea designado representante del otro que se encuentre ausente. En este segundo supuesto se trata de velar por los intereses del ausente, de modo que si su representante es el cónyuge y existe entre ellos una situación de separación, legal o de hecho, nos hace presumir la mala relación existente entre ambos, y por tanto no podrá atender adecuadamente a los intereses de su cónyuge. Por lo que respecta al primer supuesto, en nuestra opinión debería tenerse en cuenta para llegar a equiparar, a efectos prácticos, los efectos de una separación legal con la que se produce simplemente de hecho, que suele ser el paso previo a la legal.

Señala asimismo el Tribunal Supremo que el Ministerio Fiscal será el representante del ausente en las particiones hereditarias con carácter provisional, mientras no se cumplan las circunstancias que previenen los artículos 181 y siguientes del Código Civil. Además, si el ausente ha dejado nombrado apoderado, no cabe duda de la eficacia de los contratos celebrados por el mismo dentro de los límites de su mandato, hasta que se produzca la declaración judicial de ausencia.

Por lo que respecta a la designación de un administrador de los bienes del ausente, una vez declarada judicialmente la ausencia, la ley establece un orden excluyente de personas, que ha venido sufriendo múltiples modificaciones a la largo de los años, con la finalidad última de eliminar la discriminación por razón de sexo y de la cualidad de los hijos, en aplicación del principio de igualdad que predica el artículo 14 de la Constitución Española.

Parece criticable el hecho de que en ese orden de preferencia los hijos antecedan a los padres, pues en esa designación debería haberse tenido en cuenta la cercanía con el ausente, dando preponderancia a la pericia del administrador. Asimismo, se ha tratado jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo si los nietos

deberían incluirse en ese orden de personas susceptibles de designación para la representación del ausente, lo que se ha venido a admitir haciendo una interpretación amplia de la palabra hijos que recoge el Código Civil.

Por otro lado, si para la venta de los bienes del ausente se exige autorización judicial, la pregunta que ha surgido en la práctica, y que ha dado lugar a una línea jurisprudencial específica, es qué validez tienen esas ventas si no cuentan con la autorización del juez. El Tribunal Supremo ha concluido que tal venta sería no nula, pero sí anulable, a través de una similitud con el ámbito de la menor edad, ya que si la venta es válida si fuere convalidada por el menor al llegar a la mayoría de edad, ello llevado al escenario de la ausencia da lugar a que la venta sería igualmente válida si fuere posteriormente refrendada por el ausente una vez aparecido.

También se ha planteado por la jurisprudencia si, llamado el declarado ausente a una sucesión, es aplicable en este caso el derecho de representación, esto es, si declarado ausente el padre podrían los nietos heredar al abuelo; pues si no se admite la aplicación del derecho de representación se llegaría a situaciones absurdas, tales como que los nietos no podrían heredar a sus abuelos. La problemática que señala la jurisprudencia es que en este caso puede ocurrir que el declarado ausente no haya sido declarado legalmente fallecido, con lo que se le presume con vida, y por tanto no puede abrirse su sucesión.

Otra de las materias tratadas por la jurisprudencia ha sido la relativa a la determinación del domicilio del demandado, sea persona física o jurídica, a efectos procesales, es decir para resolver los problemas de localización y permitir con ello la actuación de los órganos jurisdiccionales. La ausencia ha planteado en la práctica jurídica otro problema en sede de contratos, como es el la falta de localización del obligado al pago, de modo que no cumple con sus obligaciones contractuales debiendo resolverse el contrato.

Desde una perspectiva registral han sido múltiples los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, viniendo a defender la necesidad de probar la certeza de la muerte de una persona, eliminando cualquier duda posible, para poder inscribir su fallecimiento en el Registro Civil.

En otra línea, es una realidad en nuestros días que el número de rupturas matrimoniales se ha incrementado considerablemente en los últimos años, y con ellas se originan una serie de efectos de naturaleza familiar y personal que son merecedores de un tratamiento jurídico, motivados por el incumplimiento de las obligaciones de los padres para con los hijos; pues bien, muchos de esos efectos se han planteado de la misma manera con la ausencia de uno de los cónyuges, o progenitores en su caso. De modo que, ante el incumplimiento de las obligaciones que corresponden al ausente en su condición de progenitor para con sus hijos, en principio parece lógico que sean los abuelos los que deban mantener el vínculo con su nieto, como mejores representantes de los valores familiares que ostentaba el progenitor ausente o fallecido, estableciendo la ley una serie de medidas para restablecer tales vínculos familiares. Por último, esa desatención por parte de uno de los progenitores hacia los intereses y necesidades de los hijos, motivada por su ausencia, que puede haberse ocasionado de manera voluntaria e intencionada por su parte, ha sido afrontada por la ley que trata de evitar cualquier perjuicio que pudiese ello ocasionar a los hijos, adoptándose como medida la privación del ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor ausente, del que no se conoce su residencia, no pudiendo por tanto ni tan siquiera mostrar su oposición a dicha medida adoptada.

Para finalizar resta por señalar las modificaciones introducidas en los artículos 181 y ss. del Código civil en aplicación de la reforma operada por aplicación de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, de la que podemos mencionar tres aspectos que nos llaman la atención.

En primer lugar, las modificaciones se centran básicamente en atribuir las tradicionales funciones judiciales en esta materia al Secretario Judicial; en segundo lugar, a pesar de la realidad que nos muestran los medios de comunicación y sus facilidades para conseguir localizar a una persona en paradero desconocido, o al menos siendo más útiles en cuanto a la obtención de noticias suyas, no ha venido a reducir los plazos exigidos para la declaración judicial de ausencia; y en tercer lugar y desde una perspectiva positiva, este acortamiento de los plazos, que a nuestro juicio es necesario, tan sólo se ha materializado en sede de declaración de fallecimiento en caso de aeronave siniestrada, o nave naufragada o desaparecida por inmersión en el mar, en virtud de la nueva redacción dada al artículo 194.



## CAPÍTULO SEGUNDO: *ITER* HISTÓRICO DE LA AUSENCIA EN ESPAÑA

### I. RAÍCES CERCANAS DE UN DOGMA JURÍDICO

#### A. La ausencia en los proyectos históricos de codificación

Desde la recepción del Derecho romano, han sido diversos los modos de regulación de la ausencia de las personas y sus efectos. Como es sabido, las ideas racionalistas llevan a la codificación del Derecho civil<sup>211</sup>, lo que tiene como principal ejemplo el influyente Código napoleónico de 1804<sup>212</sup>. En ese momento histórico, como veremos, surge también la necesidad real de establecer unas normas que permitieran resolver los problemas surgidos como consecuencia de la imposibilidad de localización de las personas motivada por su ausencia.

No podemos hablar de una regulación de esta figura -de la que venimos tratando- de modo unitario hasta que tal labor fue abordada por el fenómeno de la codificación<sup>213</sup>. En concreto, el punto de partida se encuentra en la tarea de conceptualización generalizada desempeñada por los juristas franceses; tal estructura fue posteriormente adoptada por diversas legislaciones nacionales, entre ellas la española. En un principio se reguló esta materia con alusión a reglas de la razón, abandonando reglas de carácter general, pero dada la complejidad de formular una

---

<sup>211</sup> Vide V. TORRALBA SORIANO, *El Derecho civil desde la codificación al tiempo presente*, en *RGLJ*, 36 (1975) pp. 245 ss.; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1983) pp. 467 ss.; L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo español* (Madrid 1984) pp. 32 ss.; E. ZULETA PUZEIRO, *Razón y codificación*, en *ADC*, 30 (1987) pp. 583 ss.; J. BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)* (Santander 1993) pp. 25 ss.

<sup>212</sup> L. BAUDOUIN, *The influence of the Code Napoleon*, en *Tulane Law Review* 33 (1958) pp. 21 ss.; C. STOETZER, *El pensamiento político en la América española durante el periodo de la Emancipación 1789-1825* (Madrid 1966) pp. 69 ss., afirma que la primera traducción del *Code civil* al castellano fue la editada en Madrid en 1809 con el título de Código Napoleón, que circuló poco en América debido a las guerras de la Independencia.

<sup>213</sup> Como sabemos, la tarea de la codificación consiste en hacer o formar un cuerpo de leyes armónico y sistemático. En un primer momento la Escuela Histórica del Derecho estuvo en contra de este fenómeno de la codificación, entendiendo que con el mismo se daría lugar a un cuerpo normativo inamovible, con carácter definitivo, y que no permitiría el desarrollo del Derecho. Vide F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España, en sus dos periodos de preparación y consumación* (Madrid 1890) pp. 13 ss.; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones 1808-1978* (Madrid 1989) pp. 9 ss. Debemos entender por codificación la reunión de todas las leyes de un país, o de manera limitada las que se refieran a una rama determinada del Derecho, en un solo cuerpo legal, presidido por el principio de unidad de criterio y tiempo.

regulación de naturaleza muy técnica, fue necesario volver a inspirarse en tales principios generales, lo que se recogió en el *Code civil* napoleónico<sup>214</sup>.

La función codificadora supuso una innovación por el hecho de ser capaz de recoger de manera concentrada y unitaria las diversas disposiciones que deben regir las materias, y no tanto por el contenido de las mismas. En un primer momento del *iter* codificador de la ausencia se permitía ya distinguir entre dos periodos; el primero de ellos es el de una ausencia presunta, en el que la presunción de vida prevalece sobre la de muerte, disponiéndose por tanto una serie de medidas con la clara pretensión de proteger los bienes del ausente; y el segundo, que es el de ausencia declarada, en el que se concede una mayor importancia a la presunción de muerte del no presente, siendo necesario adoptar medidas que traten de proteger los intereses, no ya del ausente, sino los sociales y familiares que pudieren resultar perjudicados por tal situación.

La regulación francesa tuvo una gran influencia en el proceso codificador de la ausencia en el Derecho español, cuyo primer intentose manifestó en el proyecto de Código civil de 1821, caracterizado por seguir una serie de disposiciones que reflejaban la clara concordancia con la tradición<sup>215</sup>. Sin embargo, los proyectos posteriores -como el de 1834 y 1836- recogieron ya los principios básicos inspiradores de la regulación de la ausencia mostrada en el *Code civil*<sup>216</sup>. Ahora bien, hubo que esperar hasta el proyecto de 1851 para poder marcar una diferencia técnica con respecto a la regulación que se habían propuesto hasta ese momento, con la intención fundamental de reducir los plazos

---

<sup>214</sup> Al respecto, vide F.J. ANDRÉS SANTOS, *Reflexiones romanistas en torno al bicentenario del Código civil francés*, en *SCDR*.16(2004) pp. 257 ss.

<sup>215</sup> Vide S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico español*, en *AHDE*. 53 (1983) pp. 325 ss.; M. PESET REIG, *Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, en *ADC*. 28 (1975) pp. 29 ss., para quien el proyecto de Código civil de 1821 fue “una obra muy doctrinal, con gran atención a las definiciones y a la sistemática, al encadenamiento lógico de los preceptos”.

<sup>216</sup> Vide A. L. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *El mandato de unificación jurídica y la Constitución española*, en *REHJ*. 34 (2012) pp. 167 ss. El proyecto de Código Civil de Cambonero, de 1834, en sede de ausencia muestra una sistemática similar a la del *Code civil*, pues contiene una serie de disposiciones generales, de presunción de ausencia y su declaración, los efectos de la declaración provisional del ausente y la declaración definitiva. Posteriormente el proyecto de 1836 sigue los pasos de fundamentación del proyecto del de 1834. En este punto, debe destacarse que ya entonces se percibió la complejidad a la hora de codificar el Derecho civil, como consecuencia de la coexistencia de seis legislaciones distintas en las relaciones civiles en el territorio nacional, cada una de las cuales mostraba unas características propias.

para la declaración de ausencia, eliminando disposiciones genéricas de carácter meramente teórico<sup>217</sup>.

Así las cosas, la labor codificadora francesa en materia de ausencia tuvo una importantísima repercusión en las legislaciones de diversos países, incrementado dicho interés como consecuencia del elevado número de desapariciones por las numerosas guerras europeas. Esa regulación de la ausencia de manera unitaria al que venimos haciendo referencia se percibe en el hecho de que el Código francés dedicara un Título completo a tal figura. Pero ese esfuerzo francés no fue el único que sirvió de apoyo a la regulación de la ausencia en otros países, pues a ello se suman el Código prusiano y la totalidad de la regulación germánica que, partiendo de unos principios esencialmente opuestos a aquellos que se toman como referencia por los franceses, llegaron a crear un esquema jurídico propio en esta sede<sup>218</sup>.

## **B. La ausencia en el *Code* de 1804**

Es conveniente en nuestro estudio destacar las bases en las que se apoyó el *Code* en materia de ausencia para poder, con ello, observar la influencia que las mismas han tenido en la codificación civil española en la materia. El *Code* divide la ausencia en tres fases, en las que posteriormente nos detendremos; asimismo reconoce la incapacidad del ausente para suceder, sin hacer previsión alguna relativa a los efectos disolutorios de la ausencia respecto del matrimonio, refiriéndose tan sólo al hecho de que en caso de que el cónyuge presente contrajera nuevo matrimonio, el ausente podría impugnar esas

---

<sup>217</sup> La estructura que muestra el Proyecto de Código Civil del año 1851 en sede de ausencia es la siguiente: disposiciones para adoptar medidas provisionales en caso de ausencia, la propia declaración de ausencia y sus efectos, la presunción del muerte del ausente, efectos de la ausencia en relación con los derechos eventuales del ausente; y tres disposiciones generales que versan sobre el inventario de los bienes y la protección de los intereses de la persona que no está presente por medio del Ministerio fiscal. Como es sabido, el Proyecto de 1851 no prosperó debido a sus defectos, al no ser justo, ni racional ni práctico, pues todo Código que esté basado en la exclusividad de una legislación -aun cuando fuere la de Castilla, la más extensa- no podría llegar a convertirse en la base sólida del orden civil vigente en España, dadas las posibles reclamaciones por parte de los otros territorios cuyo Derecho hubiere sido preterido de manera injustificada. N. PÉREZ SERRANO, *Constitucionalismo* cit. pp. 92 ss.; J.L. LACRUZ VERDEJO, *Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil*, en *RCDI*. 501 (1974) pp. 293 ss.

<sup>218</sup> V. VEIT, *Historia de Alemania* (Buenos Aires 1947) pp. 327 ss.; P. KOSCHACKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. de J. Santa Cruz Tejeiro (Madrid 1955) pp. 376 ss.; F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp. de F. Fernández Jardón (Madrid 1957) pp. 292 ss.

segundas nupcias mediante la prueba de su existencia<sup>219</sup>. El *Code* no recoge, sin embargo, una de las diferencias fundamentales que venimos manifestando en el presente trabajo, pues no llegó a distinguir entre ausentes y desaparecidos<sup>220</sup>. Fundamenta la ausencia, como característica básica de tal figura, en la incertidumbre sobre la existencia del desaparecido, no presumiéndolo ni vivo ni muerto<sup>221</sup>.

Como manifestábamos más arriba, el *Code* civil diferencia distintos periodos de la ausencia, como son el de ausencia presunta, el segundo en el que ya opera la *cura bonorum absentis*, y por último una fase en la que se recoge la presunción de muerte. El primer periodo dura diez años y se nombra a un curador extraño designado por el ausente, es decir, que en esta primera fase los parientes más próximos no tenían la posesión sobre los bienes del no presente<sup>222</sup>. Tras dicho plazo el *Code* trata de una segunda fase ocasionada por la ausencia, esta es la de posesión provisional<sup>223</sup>; en este

---

<sup>219</sup> J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil* (París 1955) pp. 1138 ss.; V. REINA, *Matrimonio canónico y civil. Presupuestos doctrinales*, en RDP.11(1969) pp. 836 ss.; P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française 1789-1804* (París 1971) pp. 277 ss. Por Decreto de 20 de septiembre de 1792, se establece que la ausencia sea considerada causa de divorcio si ha transcurrido un plazo de cinco años. Esta ley fue consecuencia de la secularización del matrimonio, ya que se entendía que si el matrimonio se constituía por la sola voluntad de las partes constituyentes, del mismo modo podría disolverse por esa misma voluntad. Se suprimió con ello la separación legal, admitiéndose el divorcio por tres bloques de causas, como son por mutuo consentimiento, por repudio o por decisión del juez en base a una causa determinada; incluye como tal la demencia, la locura, el furor, emigración, y también por ausencia.

<sup>220</sup> Esta deficiencia fue criticada por ciertos autores como M. PLANIOL, *Traité de Droit civil* (París 1911) pp. 215 ss., quien recoge lo manifestado por Napoleón, al hilo de calificar como ausentes a quienes desaparecían en una situación de peligro, quien expuso que “se puede decir de tales personas que han desaparecido, no que son ausentes”. Para este autor, no se entiende que el legislador centre el eje de la ausencia en el posible retorno del ausente, ya que el ausente es en la mayoría de los casos un fallecido del que se ignora el lugar, el tiempo y las circunstancias de su muerte. Tal deficiencia fue puesta de manifiesto por los Decretos de 1 de mayo de 1873 y 17 de julio de 1874, sobre inscripción de defunciones ocurridas, respectivamente, por accidente casual o de militares en campaña; hubo así que esperar al Decreto de 19 de febrero de 1923, con motivo de la Guerra de África, en materia de inscripción del fallecimiento del personal del Ejército de Marruecos desaparecido, y a la Orden de 25 de enero del año 32, en sede de defunciones ocurridas con ocasión de accidentes marítimos.

<sup>221</sup> Vide S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico* cit., pp. 110 ss.

<sup>222</sup> Se nombraba para ello a un curador extraño, que podría ser un administrador designado por el ausente; se trata de proteger el patrimonio del ausente, pudiendo el Tribunal designar a una persona para un acto urgente, o varios.

<sup>223</sup> En la práctica la posesión provisional era en realidad un derecho de administración y depósito; se tenía la obligación de hacer inventario y prestar caución; asimismo no se podía disponer de los bienes, perdiéndose la posesión en caso contrario, y si apareciere el ausente se le debía restituir de sus bienes y de los frutos percibidos. Es en este momento en el que las partes interesadas solicitarán la declaración de ausencia del desaparecido, ya que sus derechos vienen condicionados por tal hecho. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid 1852) pp. 291 ss.; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Les personnes* (París 1989) pp. 78 ss.

segundo periodo, a diferencia de la ausencia meramente presunta, encontramos ya una reglamentación unitaria relativa a las necesidades de conservación del patrimonio del ausente, pues en el primer periodo sólo se dan soluciones de carácter eventual<sup>224</sup>.

Cuestión discutida en esta segunda fase fue la surgida en torno al momento en el que se producía la posesión definitiva de los bienes del ausente, sobre lo que surgieron varias teorías; una de ellas defendía la idea de que tal situación se adquiriría de manera definitiva al probar la muerte o pasar un siglo; otra teoría -la extendida, mantenía que la posesión definitiva se adquiriría una vez transcurridos treinta años desde la desaparición, con la obligatoriedad de devolver los bienes al ausente en caso de que regresara. En todo caso, se trata ya en este periodo de velar por los derechos y los intereses de las personas presentes, y no ya del ausente<sup>225</sup>.

Finalmente, con la presunción legal de muerte se producen los efectos propios de la muerte, esto es, se abre la sucesión en los bienes y derechos, sin perjuicio de que si retornare el desaparecido debían serle restituidos dichos bienes, pero no las rentas; quedan a salvo las acciones que pudieran corresponder al ausente, a sus representantes o causahabientes, extinguiéndose tan sólo por haber transcurrido el plazo establecido para la prescripción<sup>226</sup>.

El *Code* civil se convirtió, como vemos, en la principal influencia de la regulación de la ausencia en el Derecho español, el cual trató en su momento de sistematizar todas las disposiciones que se dieron con anterioridad sobre esta figura, con la finalidad de eliminar las controversias existentes, si bien innovando poco; así pues, se muestra por primera vez toda la doctrina de la ausencia de manera conjunta, apoyándose

---

<sup>224</sup> De manera genérica, podemos afirmar que en esta etapa se abre la sucesión en los bienes del ausente, eso sí, de manera provisional; de modo que quienes tengan derechos sobre los bienes del mismo subordinados a su fallecimiento, podrían ejercitarlos de manera provisional mediante fianza. I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia en el Derecho español* (Madrid 1943) pp. 58 ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona* (Madrid 1976) pp. 111 ss.; D. STONE, *The presumption of death: a redundant concept?*, en *Modern LawReview* 44 (1981) pp. 516 ss.

<sup>225</sup> Cumplidos los plazos requeridos, los poseedores hacen suyas las rentas, pudiendo solicitar la atribución de la posesión definitiva. De modo que los poseedores definitivos sí pueden ya disponer de sus bienes, sin perjuicio de que si retorna el ausente se le deban entregar los mismos en el estado en que se encuentren, o bien el precio obtenido por su venta, o en su caso, los adquiridos con tales cuantías.

<sup>226</sup> A. DE MIGUEL ASENSIO, *La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado*, en *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (1955) pp. 41 ss.

toda esta estructura sobre la base del pensamiento de que la ausencia por sí sola no prueba la muerte.

### **C. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA REGULACIÓN CIVIL DE LA AUSENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Son pocas las disposiciones que en los comienzos del periodo codificador español se conocían con respecto a la ausencia, por lo que podemos incluso decir que regía un sistema consuetudinario al estilo francés<sup>227</sup>. La primera vez que en España se aspira a una regulación conjunta de esta figura es con el anteriormente mencionado proyecto de Código civil de 1851, que prácticamente reproduce en este punto la contenida en el *Code* civil francés. La diferencia fundamental está en que no trata la posesión definitiva, sino que sustituye esta etapa por la presunción de muerte, y asimismo le da un tratamiento distinto a las medidas provisionales ocasionadas por la situación de ausencia, pues nuestro Proyecto establece un sistema de representación más estable que el francés, el cual tan sólo le da un carácter provisional<sup>228</sup>.

En el esquema de la estructura de la ausencia mostrada por el Proyecto se distinguen tres fases en la ausencia: la primera, de medidas provisionales, que se prolonga desde el momento de la desaparición o desde que se tuvieron las últimas noticias del ausente hasta los cuatro años si no dejó apoderado, o hasta los diez años, en otro caso; en este momento se nombra un representante del ausente para todo lo que fuere necesario. El segundo momento de la ausencia según el Proyecto de 1851 es aquel que comienza una vez transcurrido el plazo de los cuatro o de los diez años, anteriormente señalado; y no procederá la declaración de ausencia sin un periodo previo necesario para la incoación de un procedimiento de declaración de ausencia, que tendría la duración de un año. Con lo que se produce una similitud con el régimen francés, ya

---

<sup>227</sup> En este sentido se pronunciaba el Tribunal Supremo, que en Sentencia de fecha 13 de diciembre de 1864 afirma: “Que es una costumbre usada de antiguo y fielmente guardada, que cuando se ignore el paradero y por consiguiente la existencia de una persona largo tiempo ausente o desaparecida y no existan las pruebas detalladas anteriormente, se otorgue bajo fianza la administración judicial de los bienes del ausente a los parientes más próximos que tuviesen derecho para heredarle *ab intestato*.”

<sup>228</sup> El Proyecto de 1851 trata de la ausencia en el Título XI, el cual se estructura en seis capítulos, que tratan las medidas provisionales en caso de ausencia, la declaración de ausencia, los efectos de tal declaración, la presunción de muerte del ausente, los efectos de la ausencia relativos a los derechos eventuales del ausente y una serie de disposiciones generales.

que no procede la declaración de ausencia hasta los cinco o los once años respectivamente<sup>229</sup>. El tercer y último periodo es el de la presunción de muerte, que se declarará una vez transcurridos treinta años, o bien cien desde el nacimiento del ausente, produciendo la posesión definitiva de los bienes, ya sin la necesidad de fianza. Es interesante señalar que en España se hace referencia a la presunción de muerte como una fase más de la ausencia, a diferencia del contenido del *Code civil*, pero en la que los efectos son más intensos y permanentes. Podríamos considerar que en esa fase, la ausencia produce los efectos propios de la muerte<sup>230</sup>.

No obstante los avances mostrados por tal Proyecto, no se trató más que de eso, de un proyecto, y no de una norma vigente y aplicable hasta sus últimas consecuencias; es la Ley Hipotecaria norma que, por primera vez en España, recoge de manera efectiva la ausencia, con la concepción de la representación como una curatela, y por lo tanto equiparando la ausencia a ciertas incapacidades<sup>231</sup>.

Toda esta evolución normativa, reguladora de la ausencia, culmina con el Código civil de 1889, si bien, hubo una serie de disposiciones sobre la ausencia previas al Código civil de 1889 y posteriores al proyecto de 1851, entre las que destacamos dos previsiones de nuestro régimen.

---

<sup>229</sup> Los efectos que ocasiona la declaración de ausencia son los propios de la posesión provisional de los herederos bajo fianza; asimismo los donatarios, legatarios y demás que tengan sobre los bienes del ausente derechos condicionados a su muerte, también podrían ejercitarlos bajo fianza. Estos poseedores provisionales gozan de las mismas facultades concedidas al curador. Si posteriormente, tras haber entrado en la posesión de los bienes del ausente, éste regresa, se le reintegrará de los mismos y de sus frutos, salvo la quinta parte que se reservará para los citados poseedores provisionales. F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español* (Madrid 1957) pp. 161 ss., señala: “Lo cierto y verdad es que en sus tiempos el proyecto de 1851 representó un trabajo legislativo muy completo y preciso, aunque no exento, claro está, de imperfecciones y errores, sobre todo políticos. No obstante estos últimos, el proyecto de 1851 tuvo la enorme importancia que le concedió la posterior Ley de Bases al señalarle como modelo del futuro Código civil. Por ello, todo el trabajo legislativo posterior tuvo a la obra de Goyena como principal punto de referencia, y tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales lo manejaron siempre como la principal fuente de inspiración en su misión interpretativa.”

<sup>230</sup> Vide F. DE CASTRO, *Derecho civil* cit. pp. 353 ss., quien entiende que la presunción de fallecimiento crea una situación jurídica similar a la que se ocasiona con la muerte; sin embargo, “tiene ciertas notas diferenciales que le dan significado de figura independiente, aunque no muy claramente delimitada”. Puede entenderse que con la declaración de fallecimiento se llega a la última fase de incertidumbre de la existencia del desaparecido, produciendo efectos similares a la muerte, “en cuanto no queden atenuados, condicionados o exceptuados por la ley”. En todo caso el Proyecto de 1851 trata de velar por los intereses del ausente, y es por ello que da relevancia a la figura del Ministerio Fiscal, que será oído en todos los juicios que estén relacionados con el mismo.

<sup>231</sup> La Ley Hipotecaria de Gómez de la Serna de 1861, de 8 de febrero, declaró como título inscribible en el Registro de la Propiedad la ejecutoria del ausente.

La primera es dada por la Ley Hipotecaria<sup>232</sup>, que dispone -sobre la inscripción- “de las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia o la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes”. La segunda aparece recogida en la ley de Matrimonio civil, que en su artículo 90 señala: “El matrimonio legítimo se disuelve solamente por la muerte de uno de los cónyuges debidamente probada”<sup>233</sup>. Asimismo tal ley disponía que el marido que se encontrara en paradero desconocido no podía administrar los bienes de la mujer, ni representarla en juicio o darle licencia para celebrar contratos, no pudiendo presumirse la muerte del ausente por prolongada que fuere la ausencia, sino cuando el desaparecido hubiere cumplido cien años manteniéndose en dicha situación<sup>234</sup>.

Se establecieron también unas previsiones específicas sobre cómo hacer efectivos los derechos hereditarios y la representación de los ausentes en juicio, a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>235</sup>. La misma Ley prevé ya una regulación completa de la ausencia, en sede de administración de los bienes del ausente en ignorado

---

<sup>232</sup> Vide A. BRAVO Y TUDELA-J. GONZALO DE LAS CASAS, *Ley hipotecaria: comentarios, formularios y concordancias con los códigos extranjeros* (Madrid 1861) pp. 654 ss.

<sup>233</sup> A pesar del nombre de esta norma, y de la idea equivocada de haberse limitado a secularizar el matrimonio en España, representa casi un Código de carácter familiar, de gran relevancia en la evolución jurídica de nuestro país, pues aprovechó los materiales que le fueron brindados por el Proyecto de Código de 1851, llegando a sintetizar la norma y a definir criterios que después fueron utilizados por el Código civil de 1889.

<sup>234</sup> Artículo 90 de la *Ley de Matrimonio civil*, de 18 de junio de 1870, continúa el precepto de la siguiente manera: “La ausencia prolongada de uno de ellos, con ignorancia de su paradero, no será causa de presunción de muerte, a no ser que durare hasta que tuviere cien años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendrá por fallecido.”

<sup>235</sup> Fue la primera ley procesal civil española, de fecha 5 de octubre de 1855. En el mismo año las Cortes aprobaron una Ley de Bases denominada “para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles”, cuya finalidad era “ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil”, y ello para “restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes”. No pretende pues innovar, sino consolidar lo existente. Vide J. GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil* (Madrid 1950) pp. 1105 ss.; J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid 1856) pp. 71 ss.; J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento* (Madrid 1858) pp. 265 ss.; J.M. MANRESA Y NAVARRO-J. REUS Y GARCÍA, *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid 1861) pp. 636 ss.; J. VERGER GRAU, *La rebeldía en el proceso civil* (Barcelona 1989) pp. 137 ss.; C. SAMARES ARA, *La tutela del rebelde en el proceso civil* (Barcelona 1993) pp. 19 ss.



paradero; distinguiendo entre el periodo de la administración de los bienes y otro posterior, en el que se da la presunción de fallecimiento<sup>236</sup>.

Tales normas van orientadas a la exigencia de la prueba del parentesco con el ausente por parte de quien pide la administración<sup>237</sup>; si bien la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en sede de esta institución objeto de nuestro estudio, recogía literalmente: “Se caracterizarán y definirán los casos de ausencia y presunción de muerte, estableciendo las garantías que aseguren los derechos del ausente, y desusherederos, y que permitan en su día el disfrute de ellos por quien pudiera adquirirlos por sucesión testamentaria o legítima, sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias. Con el desarrollo de la Base 6ª de las de la Ley de Bases de 1888, el Código civil de 1889 reguló la ausencia tomando como referente el sistema francés, pero con importantes modificaciones, algunas de las cuales tomó del Código italiano de 1865, distanciándose del sistema francés en la aceptación del concepto de presunción de la muerte tomado del sistema germánico<sup>238</sup>.

#### **D. El problema de los plazos en la regulación originaria**

Coincidiendo con esta labor codificadora surgió un cambio importante en la mentalidad de la sociedad del momento, de modo que preocupaba ahora más la tutela de los intereses colectivos que pudieren verse afectados por la situación de ausencia, que los propios intereses particulares de quien se encontraba en dicha situación, provocándose con ello la necesidad de reducir considerablemente los plazos necesarios

---

<sup>236</sup> La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 dedicó expresamente el Título XII del Libro III a la administración de bienes de ausentes en ignorado paradero, siendo el antecedente más inmediato a la regulación del Código civil de 1889.

<sup>237</sup> Debe asimismo presentar una relación de los bienes de que se trate la administración que se pide, debiendo además ofrecer información de tres testigos, relativa a la ausencia, a la falta de mandatario y de ser el pariente más próximo. Tras publicarse dos veces en los periódicos oficiales se otorgará la administración a quien lo solicite si es el único, o aquellos designados por acuerdo, o en su defecto por acuerdo de la junta o bien por decisión judicial mediante auto. Este procedimiento debe sobreseerse en el caso de que se presentare el ausente o se comprobare su existencia, o su fallecimiento, o bien si se presentare un tercero presentando título de haber adquirido por compra u otro título los bienes del ausente.

<sup>238</sup> Vide O.E. OCHOA, *Derecho civil I: personas* (Venezuela 2006) pp. 150 ss.

para la declaración de la ausencia por una cuestión de funcionalidad, teniendo además en cuenta los avances tecnológicos del momento.

En la regulación de la ausencia debemos ser conscientes de una realidad, y es que si las comunicaciones se hacen más ágiles y rápidas, es el Derecho el que ha de ir adaptándose a la práctica que surge y no al contrario. Es por ello que las previsiones que se tuvieron en el momento de los primeros intentos codificadores cambiaron en un breve lapso de tiempo, resultando las mismas insuficientes a medida que avanzaba la facilidad de las comunicaciones, pues cada vez eran más rápidas las noticias que podían obtenerse de los desaparecidos. En este sentido es de destacar la Ley de 8 de septiembre de 1939, que dio nueva redacción a los artículos que regían la materia hasta el momento<sup>239</sup>. No podemos dejar de hacer referencia a que esta necesidad de cambio en la regulación de la ausencia no sólo vino motivada por estos avances en la obtención de noticias de las personas desaparecidas, sino que otro factor fue además decisivo en este trámite: el elevado número de muertes y de desapariciones que habían derivado de la Guerra civil española.

Surgió por tanto la necesidad de dar una nueva redacción a la regulación relativa a la ausencia en su pieza clave, como son los plazos que deben transcurrir sin tenerse noticias del sujeto para poder declarar a una persona ausente legalmente, o en su caso fallecida, en aras de lograr que tal institución de respuesta real a las necesidades que motivaron su origen, es decir, para evitar la incertidumbre de actuación u omisión respecto de las relaciones jurídicas de las que el desaparecido es sujeto, ya sea desde una perspectiva activa o pasiva.

Es cierto además que la regulación en los Códigos relativa a esta materia en el ámbito europeo estuvo acompañada de una legislación especial en los momentos históricos en los que se ocasionaban más casos de ausencia. Ello motivó una reforma de la legislación existente hasta la fecha, y así se sucedieron la Ley de 8 de septiembre de 1939, la cual dio nueva redacción a los artículos dedicados a la ausencia en el Código civil<sup>240</sup>; la Ley de 30 de diciembre de 1939, que modifica la Ley de Enjuiciamiento

---

<sup>239</sup> Ley de 8 de septiembre de 1939, modificando el Título octavo, Libro primero, del Código civil.

<sup>240</sup> J.M. TAMARIT SUMALLA, *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal* (Barcelona 2010) pp. 263 ss. La Ley de 8 de septiembre de 1939 modificó el Código civil en la materia relativa a la ausencia y el Registro central de ausentes. Fue una norma dictada inmediatamente después de

civil<sup>241</sup>; el Decreto de 30 de diciembre de 1939 en sede de Registro de ausentes<sup>242</sup>, y otras disposiciones, como la Orden de 16 de diciembre de 1941<sup>243</sup>.

Es interesante destacar las modificaciones en materia de ausencia hasta la regulación actual, que ya ha quedado expuesta anteriormente en este estudio. Como hemos visto, el Código civil, en su redacción originaria, se caracterizaba por su fidelidad al esquema de los Códigos francés e italiano. En cuanto a las diferencias, hay que reseñar la regulación de los periodos de la ausencia, así como la influencia del Código germánico al introducir la declaración de fallecimiento, sin hacer referencia a los problemas que plantea la ausencia en el ámbito del patrimonio o de las relaciones en el seno de la familia.

En otras palabras, hasta llegar a la regulación actual de la ausencia en nuestro Derecho privado ha habido importantes cambios marcados por las necesidades de cada momento en la sociedad. Es por ello que la primera redacción del Código civil en materia de ausencia ha resultado afectada de diverso modo; especialmente por la ya citada Ley de 8 de septiembre de 1939. La primera de esas novedades fue la de acabar con una disfunción del Código que permitía atribuir la administración de los bienes del ausente a un menor, sometido éste a patria potestad o tutela; pues bien, con la ley del año 1939 se obligaba a que el representante del ausente fuese mayor de edad<sup>244</sup>.

---

finalizar la Guerra civil y como consecuencia del elevado número de personas desaparecidas debido a las vicisitudes que la contienda bélica había ocasionado. Se dictan en este sentido ciertas disposiciones que preveían facilitar las exhumaciones, las inhumaciones y traslados de cadáveres y restos de personas víctimas de la guerra muertas en el frente; así, la Ley de 16 de mayo de 1939 faculta a los Ayuntamientos “para dispensar o reducir las exacciones municipales que gravan las inhumaciones, las exhumaciones...”. Se pone de manifiesto la renuncia del Estado a asumir los gastos que derivaran de tales actuaciones.

<sup>241</sup> Vide L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema* cit. pp. 309 ss.

<sup>242</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS-J.L. DE LOS MOZOS-P. MARÍN PÉREZ, *Derecho civil español, común y foral* (Madrid 1982) pp. 338 ss.

<sup>243</sup> Tal Orden imponía la obligatoriedad de hacer constar mediante nota marginal a la inscripción del nacimiento, la declaración de ausencia y de fallecimiento, disponiendo que mientras no se organice el Registro de ausentes, se pueda solicitar una certificación de las últimas voluntades del desaparecido, presentando documentación acreditativa de la declaración de fallecimiento. La Ley de 4 de diciembre de 1941, *sobre inscripción de niños repatriados y abandonados*, supuso el cierre del sistema iniciado por la Orden de 30 de marzo de 1940, que dictaba normas sobre la permanencia de los hijos de las reclusas en las prisiones, y asimismo por el Decreto de 23 de noviembre de 1940, *sobre protección a huérfanos de la revolución y de la guerra*.

<sup>244</sup> La anterior previsión se limita simplemente a determinar quién es el administrador y el momento en que cesa en su cargo, pasando ahora a una mayor precisión en cuanto a las obligaciones del representante del ausente de prestar fianza y hacer inventario, tratando cuestiones diversas como las causas de creación

Se permite asimismo distinguir por primera vez entre ausencia simple, cualificada o en peligro, aportando como gran novedad la introducción de la declaración de fallecimiento, pues con anterioridad se preveían las inscripciones de defunción de los desaparecidos, pero no las declaraciones de fallecimiento<sup>245</sup>. Se avanza también en otro punto importante, y es que se trata por primera vez de los efectos que ocasiona la ausencia en la esfera personal, y no tan sólo en la patrimonial.

Asimismo y como es evidente, por los avances técnicos habidos en esos años, los plazos establecidos para la ausencia resultaron excesivamente largos, de forma que los tiempos que deben transcurrir para instar la declaración de ausencia, de dos y cinco años respectivamente, según que hubiere dejado el ausente o no apoderado para encargarse de la administración de sus bienes, se reducen a uno y tres.

Del mismo modo, donde antes se requería que hubiesen transcurrido treinta años desde que se tuvo las últimas noticias del ausente, o bien noventa desde su nacimiento (reduciendo ya aquí previamente la presunción romana de los cien años de vida del ser humano), ahora se habla tan sólo de diez años o cinco para declarar el fallecimiento en caso de ausencia simple, rigiendo el segundo plazo de los cinco años para el caso de que el ausente hubiere cumplido setenta y cinco al expirar el mismo; tales plazos quedan aún más reducidos, a dos y tres años, en caso de que la ausencia sea cualificada u ocasionada en caso de peligro.

Se trata por tanto de reducir los plazos, y con ello se logra simplificar en este momento el procedimiento para poder obtener la declaración de ausencia o la de fallecimiento<sup>246</sup>.

---

de dicha representación, la posesión temporal, la apropiación de todo o parte de las rentas, o incluso las posibilidades de disposición sobre los bienes en casos de utilidad o necesidad. Vide P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *La ausencia y la declaración de fallecimiento* cit. pp. 41 ss.

<sup>245</sup> Vide I. SERRANO Y SERRANO, *La ausenci* cit. pp. 58 ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho* cit. pp. 111 ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil* cit. pp. 497 ss.; T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Madrid 1985) pp. 2 ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho* cit. pp. 191 ss.; J. Díez DEL CORRAL, *Comentario del Código civil* (Madrid 1991) pp. 624 ss.; H.F. CORRAL TALCIANI, *La declaración de fallecimiento* (Madrid 1991) pp. 17 ss.; L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho* cit. pp. 291 ss.

<sup>246</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona* (Madrid 1976) pp. 121 ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho civil* (Barcelona 1979) pp. 186 ss.; F. DE CASTRO BRAVO, *Derecho civil* cit. pp. 497 ss.; J.M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona* (Madrid 1986) pp. 144 ss.; A. COSSIO CORRAL, *Instituciones de Derecho civil I* (Madrid 1988) pp. 168 ss. Sobre la declaración de

Por su parte, la Ley de 30 de diciembre de 1939, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, destaca en su Exposición de Motivos la labor encomendada al Ministerio Fiscal, haciendo especial hincapié en el ejercicio por su parte de un arbitrio judicial prudente, de modo que no encuentre obstáculos en el procedimiento; ello sin olvidar la peculiaridad propia de este tipo de procedimientos, en los que se trata de proteger unos derechos de sujetos que no se encuentran presentes.

La Ley de 8 de septiembre de 1939 plantea un problema interpretativo respecto de la intención del legislador, en cuanto que no queda especificado si tales disposiciones deben aplicarse a la totalidad del territorio nacional, o por el contrario, deben respetarse las legislaciones forales en este punto. En nuestra opinión, debe entenderse que el legislador ha pretendido que la regulación del Código civil en materia de ausencia siga la misma suerte que el resto del articulado, y por tanto, con la sola excepción del Título Preliminar y del Título IV del libro I del Código civil. No puede, por otro lado, obviarse el hecho de que la nueva regulación de la ausencia tendría una influencia sobre la totalidad de la regulación del Código civil en las diversas materias; y es por ello que el Tribunal Supremo apoya una tendencia unificadora de aplicación genérica de la legislación común, que podría entenderse como la base para entender que la aplicación de la Ley de 1939 debe extenderse a la totalidad del territorio nacional.

En esta línea, podemos entender que la aplicación de la nueva regulación de la materia debe ser de carácter general atendiendo a dos aspectos básicos que marca la Exposición de Motivos de la Ley y que ya mencionamos anteriormente como criterios que motivaron la necesidad de modificación de la regulación de la materia; en primer lugar, la facilidad de las comunicaciones y la mayor rapidez para la obtención de noticias; y en segundo lugar, la situación por la que había pasado la Nación como consecuencia de la Guerra civil, ocasionándose un amplio número de desapariciones,

---

fallecimiento, vide A. PADIAL ALBAS, *La presunción de vida en la declaración de fallecimiento*, en *RDP*. 10 (1991) pp. 1019 ss., quien entiende que la declaración de fallecimiento constituye una presunción de vida, pero nunca de muerte. A diferencia de la ausencia, periodo en el que el máximo interés es la gestión del patrimonio del que se encuentra en dicha situación, con la declaración de fallecimiento el interés se centra en el ámbito sucesorio, de especial relevancia para quienes instan tal declaración.

mueres desconocidas y situaciones que llegaron a ocasionar un ámbito de gran incertidumbre<sup>247</sup>.

Asimismo, continuando con la cuestión de la aplicación de esta Ley en todo el territorio nacional, debe subrayarse que la regulación que contiene en sede de declaración de fallecimiento, muestra cierta similitud con la Ley del Registro civil en materia de inscripción de defunciones. Se trata en ambos casos de hacer constar una muerte mediante una inscripción, lo que carecería de sentido si tales disposiciones se limitaran tan sólo al ámbito del Derecho común, no reconociéndose en las legislaciones forales la existencia de un medio de acreditación de las defunciones no registradas<sup>248</sup>. Igualmente, se ha de señalar que en realidad los Derechos forales no recogen una regulación unitaria y sistemática de la ausencia, sino solamente diversas disposiciones relativas a dicha situación, de modo que no basta con ello para colmar las múltiples circunstancias de incertidumbre que se derivande la misma. Debemos concluir, finalmente, que si el Código civil vino a sustituir a la Ley de Enjuiciamiento Civil que era de aplicación a todo el territorio nacional, dicho ámbito de aplicación debería ser el mismo para el Código, y por consiguiente la Ley del 39, que ha modificado el Código civil en materia de ausencia, debería tener tal aplicabilidad.

No puede dudarse que la codificación simplificó el problema de la regulación de la materia de la que tratamos, llegando a marcar una organización en el tratamiento de la misma; ahora bien, ello no quiere decir que tal regulación originaria estuviere libre de defectos, y de ahí las sucesivas reformas en su tratamiento. La regulación originaria nos

---

<sup>247</sup> Fueron múltiples los casos de desapariciones y finalmente muertes que se produjeron como consecuencia de la Guerra civil en España; hasta nuestros días llega la cuestión del interés de los familiares en la localización de los restos humanos de sus seres queridos que fueron víctimas del conflicto. Es por ello que sería preciso un mecanismo de judicialización de los actos necesarios para tal localización, implicando a los poderes públicos en las labores de búsqueda y localización de los desaparecidos y en la exhumación de los restos de las personas inhumadas clandestinamente. Al respecto, vide L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid 1998) pp. 129 ss.; D.R. PASTOR, *¿Procesos penales para conocer la verdad?*, en *Jueces para la Democracia* 59 (2007) pp. 95 ss.; L. CASTRO, *Héroes y caídos. Políticas de la memoria en la España contemporánea* (Madrid 2008) pp. 95 ss.

<sup>248</sup> I. SERRANO SERRANO, *Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento*, en *RDP*. 409(1951) pp. 293 ss. En los casos de ausencia cualificada existe un dato que permite precisar el momento de la muerte, entendiendo que se produjo en el mismo momento en el que acaeció la circunstancia de peligro para la vida de la persona que motivó su desaparición. En el resto de los supuestos hay que esperar el transcurso de los plazos señalados por la ley. En cuanto a estos supuestos de ausencia simple podríamos entender entonces que, dada la falta de precisión al respecto por parte del artículo 195 del Código civil, deberá ser el juez el que se pronuncie sobre esta cuestión.

planteaba diversos estados de la ausencia con plazos excesivamente largos, todo ello si pensamos además de manera lógica que ya en aquella época existía un gran avance en las comunicaciones, pudiendo conocer acontecimientos sucedidos en diversas partes del mundo de manera prácticamente automática. Esta necesidad de reforma en el sentido marcado se hizo aún más evidente en la época de la postguerra.

Las críticas que pudieren hacerse a la regulación inicial son varias, no solo por lo excesivo de sus plazos, sino lo que ello conlleva desde una perspectiva económica, pues los gastos son mayores en todo el proceso de las distintas fases de la ausencia; por ejemplo desde una perspectiva inmobiliaria, obliga a la imposibilidad de actuación respecto de las distintas relaciones jurídicas y propiedades de las que el ausente es titular, o que se encuentren relacionadas con el mismo. Es por ello que surgió la necesidad de nombrar un administrador de los bienes del no presente durante los primeros años sin tenerse noticias del desaparecido.

Por último, otra de las deficiencias de la regulación civil originaria fue la falta de distinción entre ausentes y desaparecidos, de modo que la situación de estos últimos hubo de regularse en disposiciones fragmentarias. En materia de desapariciones se recogió por primera vez la obligatoriedad de la instrucción de diligencias oportunas por parte de los jueces, para que se dejara constancia de las circunstancias personales de los fallecidos que hubieren muerto en un “accidente casual”, tal como en su momento mencionaba el Decreto de 1 de mayo de 1873; lo mismo cabe afirmar en relación con los fallecimientos ocurridos por incendio, hundimiento y naufragio<sup>249</sup>.

Se previó asimismo la necesidad de las inscripciones de defunción de los militares desaparecidos en campaña, a través de Decreto de 17 de julio de 1874 y asimismo mediante las órdenes del Ministerio de la Guerra y del de Gracia y Justicia, de

---

<sup>249</sup> R. GARCÍA GÓMEZ, *Protección jurídica de los mayores* (Madrid 2004) pp. 315 ss. Como consecuencia de tal falta de distinción entre los ausentes propiamente dichos y los desaparecidos, surgió la necesidad de regular la situación de estos últimos mediante normas específicas creadas para casos excepcionales, con una clara finalidad de acortar los plazos necesarios fijados para la ausencia. Tal problemática fue ya reflejada por los Decretos de 1 de mayo de 1873 y de 17 de julio de 1874, en materia de inscripción de fallecimientos ocasionados por accidente casual, o bien de los militares en campaña. Adicionalmente, a través del Decreto de 19 de febrero de 1923 se dispusieron ciertas previsiones relativas a la inscripción del fallecimiento del personal desaparecido del Ejército de Marruecos; asimismo, a través de la Orden de 25 de enero de 1932, se regula específicamente la inscripción de los fallecimientos por accidentes marítimos.

fechas 16 de octubre y 11 de diciembre del mismo año<sup>250</sup>. Tras esta enumeración se percibe la falta de una verdadera regulación que trate los casos de desaparición y que resuelva esta materia en el Derecho internacional privado.

## II. APUNTES SOBRE LA AUSENCIA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

### A. Panorama general

Antes de la codificación no existía un concepto técnico preciso y uniforme de ausencia, si bien esta materia no era desconocida. Cabía hablar de un derecho de ausentes con carácter abstracto, basado en la diversa casuística vigente hasta ese momento y lo que había mostrado la tradición. Como consecuencia de lo anterior, es posible formular una serie de principios generales sobre la figura, aunque no llegue a definirse desde un prisma estrictamente técnico. El estudio de esta sistemática ha sido complejo para la doctrina, pues se trataba de una serie de disposiciones de cierta complejidad no sólo para localizarlas, sino además para ordenarlas<sup>251</sup>.

A pesar de la diversidad de situaciones de ausencia, se prestó mayor atención a determinadas manifestaciones; así, se prestó especial protección a los ausentes por cautiverio de guerra y a los *absentes reipublicae causa* por parte del Derecho romano, y entendemos que tales figuras son tan relevantes en la historia de esta institución objeto

---

<sup>250</sup> Debemos asimismo terminar este análisis mencionando una serie de disposiciones añadidas a las anteriores, como la Real Orden preocupada por la situación de los habitantes de territorios devastados por los terremotos, de 12 de enero de 1885, regulando la inscripción de tales defunciones en los Registros civiles; para los pueblos de Consuegra y demás de la provincia de Toledo, que resultaron inundados, se preveía igualmente la inscripción de las defunciones en tales circunstancias a través de la Orden de fecha 14 de septiembre de 1891, y por Real Decreto de 16 de febrero de 1892. Interesante es asimismo destacar lo que ocurrió a raíz de los sucesos ocurridos en la Comandancia General de Melilla en el año 1921, pues por Decreto de 19 de febrero de 1923 que preveía la inscripción de fallecimientos de los miembros del Ejército de África que hubieren desaparecido, debía hacerse en el Juzgado correspondiente a su último domicilio conocido, requiriéndose para ello un certificado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que debía hacerse constar que el individuo en cuestión estaba incluido en una lista de desaparecidos que los Jefes de Unidad remitían a tales efectos, si bien era necesario el transcurso del plazo de al menos un año desde que se hubiere producido la desaparición.

<sup>251</sup> J. BARÓ PAZOS, *La Codificación del Derecho civil* cit. pp. 115 ss.



de nuestro estudio, que consideramos oportuno tratar en detalle tales manifestaciones a lo largo de este trabajo, atribuyendo a su análisis un capítulo completo<sup>252</sup>.

Es en la Edad Media cuando comienza a darse gran relevancia a la ausencia, a pesar de recogerse en las fuentes ciertos aspectos de la figura con anterioridad, como veremos. La razón de ello reside en la necesidad de un cierto desarrollo cultural y técnico-jurídico para poder comprender las consecuencias que la ausencia de un sujeto puede llegar a ocasionar en el ámbito de sus relaciones jurídicas, en el ámbito familiar y patrimonial<sup>253</sup>. A ello se une la incidencia de esta problemática, como consecuencia de las guerras y las peregrinaciones<sup>254</sup>, pues nacieron planteamientos prácticos a los que fue necesario dar respuesta.

Como ya dijimos, no existe una regulación de la ausencia como tal figura jurídica hasta la época de la codificación, si bien hay antecedentes cuyo análisis -a pesar de ser nuestra pretensión en este momento de nuestro trabajo- no es tarea sencilla, ya que fue necesario que la sociedad adquiriera un cierto desarrollo cultural y un concreto conocimiento jurídico para que se llegara a la concepción de que pasado un cierto periodo de tiempo, no demasiado largo, al ausente se le reputare fallecido<sup>255</sup>. Es de reseñar asimismo que debido a la diversidad de los pueblos de España, fueron múltiples las concepciones surgidas en esta materia. En la doctrina española debe hacerse mención, en la tarea clasificatoria, a Gregorio López<sup>256</sup>, quien siguió los criterios recogidos por Accursio<sup>257</sup>.

---

<sup>252</sup> Se buscaba evitar cualquier consecuencia gravosa que pudiese derivar de tales situaciones. Vide J. DE CHURRUCA-R. MENTXAKA, *Introducción histórica al Derecho Romano* (Bilbao 1994) pp. 31 ss.

<sup>253</sup> Vide R. GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el derecho medieval español*, en *AHDE*. 189 (1947) pp. 45 ss.; E. MONTANOS FERRÍN, *La familia en la Alta Edad Media* (Pamplona 1980) pp. 170 ss.; L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho Español Medieval* (Sevilla 1977) pp. 295 ss.

<sup>254</sup> C.M. CIPOLLA, *Historia económica de Europa. I: La Edad Media* (Barcelona 1979) pp. 78 ss.; P. LEÓN, *Historia económica y social del mundo* (Madrid 1979) pp. 231 ss.; Y. BAREL, *La ciudad medieval. Sistema social-Sistema urbano* (Madrid 1980) pp. 182 ss.; A. GONZÁLEZ, *Bibliografía descriptiva básica de la cultura medieval* (México 2003) pp. 60 ss.

<sup>255</sup> Vide S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico* cit. pp. 294 ss.

<sup>256</sup> G. LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso El Nono* (Madrid 1789) pp. 439 ss.; este autor simplifica los criterios que toma como referencia en la clasificación de situaciones de ausencia, distinguiendo tan sólo entre la *absentia reipublicae causa*, la del cautivo -que define como necesaria-, y la probable pero no necesaria -que es la del estudiante y la del peregrino-.

En todo este entramado de disposiciones no podemos obviar la existencia de una presunción de la vida humana, desde el nacimiento hasta transcurridos cien años mantenida por los glosadores y los comentaristas basándose en los principios romanos.

En este sentido fueron varios e importantes los pronunciamientos que surgieron en la Edad Media sobre la cuestión relativa a la presunción de muerte, tratando de analizar los medios que eran suficientes para constatar la defunción de un desaparecido, aun cuando no se llegó a una teoría de la presunción tal como la entendemos en nuestros días, suponiendo sin embargo un gran avance en la época<sup>258</sup>. Así, Bartolo trató de dar cuerpo a todo este entramado con la intención de coordinar los distintos criterios, entendiendo que la prueba de la muerte que se exige en cada caso concreto es diferente, dependiendo de los efectos que se pretendan derivar de la presunción de muerte que se trata de probar<sup>259</sup>. Asimismo Bartolo entiende que debe atenderse a las circunstancias que rodean la desaparición, de modo que si ha ocurrido un naufragio, o la desaparición se ha producido en batalla, o ha cumplido cien años el ausente, estos hechos son una: *Non levis praesumptio sed probatio, quae iudicem et bonum virum adducit ad fidem*.

Los juristas medievales comenzaron sin embargo a ver las deficiencias del sistema basado en la presunción centenaria de vida, con lo que trataron de sustituir esa

---

<sup>257</sup> ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus* (Turín 1969) pp. 71 ss., quien distingue entre ausencia probable y necesaria, o simplemente probable, o simplemente necesaria; y finalmente la que tiene origen voluntario, pero que puede a su vez derivar de la situación de contumacia o no. Vide G. ASTUTI, *Atti del Convegno internazionale di studia accursiani* (Milán 1968) pp. 289 ss.; A. IGLESIAS, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español* (Barcelona 1989) pp. 174 ss.

<sup>258</sup> Los glosadores discutieron sobre la importancia de la fama de la muerte; por un lado quienes discutieron si la fama era suficiente para declarar fallecida a una persona, o bien si bastaba la prueba testimonial, o incluso quienes diferenciaban según se tratase de una muerte remota o reciente, ya que en el primero de los casos bastaba la prueba por simple fama mientras que en el segundo de los casos, se requería la prueba plena. C. DE PISTOIA, *In Codicem* (Torino 1964) pp. 1 ss., mostraba que si la muerte había ocurrido en un lugar de *quo potest probari per testes* se requería la plena *probatio*, sin embargo si ello no era posible, como por ejemplo por haber desaparecido el sujeto en una batalla, o bien en un tiempo remoto, el juez podría basarse en meras conjeturas.

<sup>259</sup> B. DE SASSOFERRATO, *Tractatus testimoniorum* (Venecia 1569) pp. 45 ss., distingue varias causas motivadoras de la situación de ausencia, que son: *parvae, magnae, maiore y maximae*, de modo que en la primera de ellas, el daño que pudiese hacer la errónea constatación de la muerte es leve, bastando por ello una prueba muy flexible, como la simple declaración de un testigo; en el segundo de los casos la declaración de la presunción de muerte ocasionaría unas consecuencias de carácter tan sólo económico o patrimonial, admitiéndose en esta caso por tanto la fama pública como suficiente para la prueba de la muerte; si la causa es *maiore*, por ejemplo en el supuesto de que la mujer pretenda contraer nuevas nupcias, se requiere en cambio una prueba plena; por último, si se trata de la cuarta causa, como el ser acusado de homicidio, se exige no solo prueba plena, sino también absoluta, exigiéndose la declaración de testigos presenciales de la muerte o la exhumación del cadáver.

regla por otra apoyada en la presunción de muerte; se trata de mantener la teoría de que el hombre no vivirá más de ese límite de los cien años, no que se le deba presumir vivo durante todo este tiempo, por lo que el juez deberá examinar las concretas circunstancias del caso antes de adoptar una decisión sobre el mismo.

A pesar de la vigencia de la presunción centenaria de vida, los juristas medievales vieron la necesidad de establecer ciertas medidas en previsión a la administración de los bienes del desaparecido, lo que se resolvió mediante la *cura bonorum absentis*, siendo llamados a la misma los parientes próximos del desaparecido, convirtiéndose así en una suerte de sucesión por causa de fallecimiento; podríamos afirmar incluso que se trataba de una sucesión adelantada en realidad<sup>260</sup>.

## 1. Ausencia y patrimonio

La progresión de la relevancia dada a la figura de la ausencia se hizo también evidente en la Edad Media en la esfera patrimonial<sup>261</sup>. Por ejemplo, existen en los Fueros previsiones en materia hereditaria para el caso de que uno de los hermanos se encontrare ausente. Este supuesto fue previsto por el Fuero General de Navarra, previendo que los hermanos del ausente debían proceder a la partición de la herencia por sí, respetando la parte del hermano no presente, pero con un límite señalado de un año y un día. Podría ocurrir que el ausente regresare y estuviere de acuerdo con la partición, con lo que la ausencia ya no habría producido mayor problema; ahora bien, era posible asimismo que el hermano que hubiere regresado no mostrare su acuerdo, con lo que debía practicarse de nuevo la partición<sup>262</sup>. Si el ausente no regresase en el plazo previsto, los hermanos presentes podían disponer libremente de su parte, adjudicando a alguno de ellos la parte del ausente. Las previsiones eran diferentes en el caso de que

---

<sup>260</sup> Ahora bien, la presunción de vida del ausente permitía la designación del curador, si bien, éste no podía adir la herencia sino con la prueba de que tal presunción de vida seguía existiendo en el momento en que el desaparecido era llamado a la herencia. El fin de la curatela dependía del juicio en el que se tenía por probada la muerte por los indicios proporcionados por los interesados, cuando el estatuto del lugar no disponía expresamente que después de un período de tiempo de ausencia, el desaparecido *pro mortuashabetur*.

<sup>261</sup> Vide S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico* cit. pp. 303 ss.

<sup>262</sup> Vide J.J. NOAIN IRISARRI, *Nobleza media y transmisión del patrimonio en la Navarra Moderna* (Navarra 2004) pp. 521 ss.; M. GALÁN LORDA, *El régimen de la propiedad en el Fuero General de Navarra, Fuero reducido y disposiciones de Cortes* (Navarra 2004) pp. 45 ss.

falleciere el ausente, ya que su parte entonces debía atribuirse al hermano mayor, salvo que tuviere mujer, a quien correspondería entonces el usufructo de las heredades del fallecido marido, con derecho a “cobrar la *meitat* del mueble”; ahora bien, si el fallecido tuviere hijos mayores de siete años, los bienes corresponderían a estos últimos.

Otros Fueros establecen previsiones más estrictas, con el fin de proteger la esfera patrimonial del ausente más allá de lo expuesto en el párrafo anterior, como es el caso de los Fueros de Aragón, refiriéndose al supuesto de una heredad que corresponde en común a diversos hermanos, encontrándose alguno de ellos ausente; pues bien, el hermano presente podía disponer de esa heredad por sí pero sólo si prueba fehacientemente la muerte del ausente o bien garantiza que el mismo dará su confirmación al acto de disposición, a pesar de no estar presente<sup>263</sup>.

Especial relevancia tiene la ausencia de un sujeto si el mismo tiene la condición de deudor, pues habría que plantearse qué ocurre entonces con los acreedores, y cómo estos podrán hacer efectivos sus derechos de crédito contra el deudor ausente.

En los Fueros de la familia Cuenca-Teruelse hace referencia a un supuesto concreto, en el que el deudor no deja fiador, diferenciando en virtud del tipo de ausencia de que se trate en función de la causa que la motiva<sup>264</sup>. Puede ocurrir que el deudor esté ausente y, o bien que de él sólo se conozca que no se encuentra en el término, o bien que concurren causas que justifican tal ausencia -como por motivo de peregrinación o haber ido de caza, entre otras- .

Pues bien, en el primer supuesto se dispone que cualquiera que deba responder por el deudor -sus hijos, quien tenga bienes suyos, e incluso sus herederos- debe jurar ante los alcaldes que la ausencia no fue motivada por miedo al acreedor, tras lo que se le concede un plazo de tres novenas para que se presente el ausente, de modo que si

---

<sup>263</sup> En la Recopilación privada de los Fueros de Aragón se dispone la manera en que debe acreditarse la muerte del hermano ausente: *Et si dicit mortuus est non debentilli credere si non monstrat sepulturam ubi iacet, cum testimonio illius clerici qui eum sepelivit et cum aliis duobus probis hominibus qui interfuerint sepulture illius, et quod iurent sicut forum terre est*. De manera más escueta se pronuncian los Fueros de Aragón y Vidal Mayor: *si non probare abastadamentque aqueill su hermano es muerto*.

<sup>264</sup> J. ORLANDIS, *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, en *AHDE*. 14 (1942-1943) pp. 81 ss.; ID., *Algunos aspectos procesales de los Fueros de Aragón de 1247*, en *Anuario de Derecho Aragonés* 4(1947-1948) pp. 101 ss.

transcurrido dicho plazo no comparece y no se reconoce su deuda por parte de quien deba responder por el deudor, se decidirá la cuestión en juicio.

En el supuesto, sin embargo, de que la ausencia estuviese justificada no se hablaba de plazos; ello sin perjuicio de que en algunas ocasiones tales plazos fueran implícitos por ser de carácter natural, como el caso de que el ausente hubiere ido en hueste, pues en este caso el plazo finalizaba con la vuelta del caudillo o de los compañeros del ausente. En el caso de encontrarse el ausente de caza era necesario juramento de la mujer de no enviarle provisiones; se entendía que era la manera de forzar rápidamente la vuelta del no presente para hacer así efectivo el derecho de crédito por parte de sus acreedores, ya que era posible que la mujer del deudor mintiera al decir que éste estaba de caza. Por último, en caso de cautiverio o confirmada la muerte del deudor, era la mujer del ausente o cualquiera que tuviere bienes suyos quien debía hacer frente a la deuda para con sus acreedores<sup>265</sup>.

Los plazos que se fijaban para que el ausente compareciera en juicio quedaron recogidos con detalle en los fueros municipales. Mayores precisiones se establecían para el caso de que lo fuere por cautiverio o expedición militar, disponiéndose en los Fueros que no era posible llevar a cabo el embargo sobre los bienes del no presente por tales causas, tanto durante el plazo en el que se prolongaban estas circunstancias como durante diez días tras su regreso<sup>266</sup>.

En la Edad Media se extendió asimismo una medida para evitar o paliar los efectos de la traición de los caballeros, consistente en la confiscación de los bienes de

---

<sup>265</sup> Vide A. GARCÍA GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, en *AHDE*. 26(1956) pp. 390 ss.; A.M. BARRERO GARCÍA-M.L. ALONSO MARTÍN, *Textos de derecho local español en la Edad Media. Catálogo de fueros y costumbres municipales* (Madrid 1989) pp. 546 ss.

<sup>266</sup> Se disponen diversos plazos en función de la distancia a la que se encuentre el deudor no presente, de modo que si el ausente se encontraba más allá del río Duero el plazo que se le reconocía para comparecer en juicio era de quince días, o bien de ocho días en caso contrario; contaba con treinta días si se hubiere desplazado más allá del Tajo, o hubiere ido a León, Burgos, Toledo o Portugal. El plazo era de un año para el ausente cautivo, y de nuevo se disponen diversos plazos para el ausente peregrino, pues contaría con un año si hubiere ido a Jerusalén, y seis meses, un mes o tres semanas si se tratase de Roma, San Salvador de Oviedo o Santo Domingo, respectivamente. Vide J. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica*, en *AHDE*. 14 (1942-1943) pp. 195 ss.; J. ORLANDIS, *El concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 16 (1945) pp. 124 ss.; T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas* (Madrid 1972) pp. 452 ss.; A. GUALLART DE VIALA, *El Derecho penal histórico de Aragón* (Zaragoza 1977) pp. 29 ss.; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVII)* (Salamanca 1982) pp. 3 ss.; M. RODRÍGUEZ GIL, *Las estructuras procesales en el Fuero de Cuenca*, en *Espacios y Fueros en Castilla-La Mancha (Siglos XI-XV)* (Madrid 1995) pp. 407 ss.; J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España* (Jaén 2004) pp. 75 ss.

quienes, encontrándose fuera del reino, pusieren en peligro la estabilidad del mismo<sup>267</sup>. Sin perjuicio de lo expuesto ahora, debe reseñarse que, por otro lado, existía la preocupación de proteger el patrimonio de la mujer del traidor que había abandonado el reino voluntariamente, o bien que había sido desterrado<sup>268</sup>. Ahora bien esta regla tan estricta es matizada por otros fueros municipales, como el de Viguera y Val de Funes, en concordancia con el principio general de libertad de movimientos; de modo que no sufriría perjuicio en sus bienes quiere saliere del reino en busca de su señor, sino que sólo si el ausente hubiere salido del reino en tiempo de guerra para llegar a tierra enemiga vería afectada su esfera patrimonial debido a las consecuencias desplegadas por su ausencia<sup>269</sup>.

En materia de administración de bienes del ausente, hemos de destacar que ha sido una tónica en el derecho español, creemos de manera acertada, considerarla como tal administración y no como una apertura anticipada de la sucesión, ya que en definitiva es un supuesto semejante a una verdadera curatela prevista para los incapacitados. Si bien en un primer momento no existían normas relativas a la administración de tales bienes del ausente, salvo las contenidas en las Partidas en referencia a la situación de los bienes de quienes han sido hechos cautivos, la jurisprudencia trató de extender tales previsiones a los casos no solo de cautiverio, sino además con carácter general al supuesto de que se dude de la vida del ausente, de modo que se procederá en todo caso al nombramiento de un administrador de los bienes del ausente<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup>Vide J. ORLANDIS, *Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*.15 (1944) pp. 647 ss.

<sup>268</sup>Vide J. GOODY, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa* (Barcelona 1986) pp. 301 ss.; M. A. BERMEJO CASTRILLO, *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval* (Madrid 1996) pp. 453 ss.

<sup>269</sup>J. M. RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes* (Salamanca 1956) pp.148 ss.; M., MOHLO, *El Fuero de Jaca* (Zaragoza 1964) pp. 663 ss.; J.M. LACARRA-A.J. MARTÍN DUQUE, *Fueros de Navarra. Fueros derivados de Jaca* (Pamplona 1969) pp. 364 ss.; L. J. FORTÚN, *Fueros medievales* (Pamplona 1986) pp. 72 ss.; L. J. FORTÚN-C. JUSUÉ, *Historia de Navarra. Antigüedad y Alta Edad Media* (Pamplona 1993) pp. 107 ss.

<sup>270</sup>Cfr. Part. 2,21,4 y 3,2,12. En la primera de ellas solo se presume que el cautivo vive, mientras que en la segunda se entiende que trata de la representación del ausente en juicio.

En un principio tal designación debía recaer sobre uno de los parientes más próximos del ausente, si bien, cuando la cuantía de los bienes del mismo lo requiera es posible que tal administración recayera sobre varias personas. Se trata de una custodia de los bienes, de modo que la actuación del curador debe ir encaminada a la salvaguarda de los intereses del desaparecido<sup>271</sup>.

Tal curatela sí aparece expresa y minuciosamente contemplada en el Derecho foral aragonés, pero como una especie de sucesión anticipada, pues da preferencia para la administración de los bienes del ausente a los parientes llamados a la sucesión del mismo, si bien conserva caracteres que hacen necesario que se siga calificando como una modalidad de guarda<sup>272</sup>.

En las fechas anteriores a la codificación se entendía que la figura del curador era la de un administrador, que trata de cuidar los bienes del ausente, y a la que eran llamados los parientes con derechos sucesorios sobre el mismo; ya en el Siglo XIX, en el año 1864 el Tribunal Supremo sostuvo que era una costumbre que cuando se ignorase el paradero de un sujeto, se atribuiría bajo fianza la administración de los bienes “a los parientes más próximos que tendrían derecho a heredarle *abintestato*”, disponiéndose asimismo la capacidad de los herederos para repartirse los bienes del ausente, eso sí, con la condición de restituirlos si éste regresase. Se trataba en definitiva de considerar la administración de los bienes del ausente por parte del curador como una simple guarda, ahora bien, sin perjuicio de atribuirle a tal figura ciertos matices sucesorios<sup>273</sup>.

Todo lo anterior no es una cuestión sin importancia, pues de ello dependía la posibilidad de considerar o no la capacidad del ausente para adquirir derechos, lo que

---

<sup>271</sup> Es por ello que debemos entender que el salario del curador no son los frutos obtenidos de los bienes, sino el que determine el juez, en función del trabajo, la custodia y el tipo de administración; de modo que si el ausente regresa le debe entregar sus bienes con los frutos, descontando sólo la parte correspondiente a los gastos y el preciso salario. Vide F. GARCÍA GOYENA-J. AGUIRRE, *Librería de jueces, abogados y escribanos* (Madrid 1841) pp. 135 ss.

<sup>272</sup> Vide J.L. CASTÁN ESTEBAN, *Las ediciones de los Fueros de Teruel y Albarracín en el Siglo XVI* (Teruel 2006) pp. 53 ss. *Fuero ut fratres vel propinqui absentes regni Aragonum*, sancionado en las Cortes de Zaragoza de 1349.

<sup>273</sup> J. GOTTLIEB HEINECKE, *Recitaciones del Derecho civil de Juan Heinecio traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante* (Valencia 1870) pp. 189 ss.

fue una cuestión no resuelta por el Derecho histórico español, con un conjunto normativo poco sistemático sobre la materia.

A los efectos patrimoniales que pudieran derivarse de la ausencia se respondió en la Edad Media a través del mismo principio que regía en materia conyugal, es decir, prevalecía una presunción de vida del no presente, con una clara finalidad de protección de su patrimonio<sup>274</sup>.

De nuevo los autores, al igual que se hizo en el campo del matrimonio y la necesidad de la prueba de la muerte del ausente para poder contraerse nuevas nupcias por parte del cónyuge supérstite, exponen los medios válidos para acreditar la certeza de la muerte del ausente, y dejar con ello de hacerse efectivas una serie de medidas que hasta ese momento habían tratado de proteger su patrimonio. Entre estas medidas se encontraban algunas simples, como la fama de la muerte, y otras más complejas, ya que había que diferenciar entre diversas pruebas en función del tipo de ausencia de que se tratase; de modo que, a mayor gravedad en los efectos que derivaren de la ausencia, mayor será el rigor exigido a la prueba del fallecimiento de quien se encuentra en dicha situación<sup>275</sup>.

Existió a lo largo de los tiempos una presunción centenaria de vida del ausente en sede de usufructo de edificio o lugar en favor de las ciudades, en el sentido antes mencionado<sup>276</sup>; ahora bien quedaba probada la muerte del ausente si hubieren transcurrido diez años y existiere fama pública de la misma, o de cinco o menos años, según que el ausente hubiere ido a tierras lejanas o se encontrare en un lugar próximo que permitiere la obtención de dicha prueba, respectivamente<sup>277</sup>, pretendiéndose la protección de los intereses de los ausentes, y así se reflejaba por parte de los distintos

---

<sup>274</sup> Sobre este aspecto patrimonial ocasionado por la ausencia se pronuncia F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios* cit. pp. 297 ss. En definitiva se trataba de salvaguardar sus intereses previendo que, sobre la base de tal presunción, regresaría en un momento posterior.

<sup>275</sup> Vide E. LÓPEZ DÍAZ, *Iniciación al Derecho* (Madrid 2006) pp. 133 ss.

<sup>276</sup> Part. 3,31,26: *E asmaron los sabios que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos quantos eran nacidos el día que fue otorgado el usufructo.*

<sup>277</sup> Vide B. PÉREZ GONZÁLEZ-J. ALGUER, *Tratado de Derecho civil* (Barcelona 1943) pp. 338 ss.; R. GARCÍA GÓMEZ, *Protección jurídica* cit. pp. 335 ss.



territorios que contaban con su propia regulación, como el caso de Castilla o Aragón, o bien remitiéndose al Derecho común, como el caso de Cataluña<sup>278</sup>.

A pesar de tales disposiciones sobre la materia, en aquel momento no llegó a crearse una regulación unitaria sobre la misma, sino meramente incidental. Con todo este entramado de disposiciones que contenían las legislaciones de los diversos territorios de España, se trataba de proteger los bienes de quien se encontraba ausente, y con tal finalidad surge la necesidad del nombramiento del curador.

En su momento las Partidas trataban ya de la figura del curador en sede de protección de los bienes de los ausentes cautivos, encomendando su cuidado y administración a los parientes más próximos, debiendo ser personas buenas y desinteresadas; en ausencia de estas últimas, se requiere la intervención de los curadores.

El curador tiene dos obligaciones principales: la primera es la de hacer inventario de los bienes recibidos, y en segundo lugar, debe conservarlos, ya que deberá responder con sus propios bienes de lo perdido de manera culposa.

En Aragón la curaduría era desempeñada por la mujer del ausente, en el caso de haberla y a falta de una designación expresa. En el caso contrario, esto es, si el ausente no tuviere mujer -por ser soltero o viudo- y no se hubiere nombrado a ningún otro para el desempeño de tal cargo, ni hubieren transcurrido diez años, que era el tiempo necesario que debía pasar para solicitar la administración familiar de los bienes del ausente; en tal caso se nombraría curador a una persona del círculo familiar por el juez correspondiente al domicilio del no presente<sup>279</sup>.

Por el contrario, para que la mujer fuere nombrada para el desempeño de tal cargo en Castilla era necesario que contara con autorización del marido, lo que no deja

---

<sup>278</sup> Las remisiones al Derecho común se hacían efectivas con relación al Código civil, pero con anterioridad al mismo lo era con relación a las normas del Derecho canónico que regía en la materia. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español* cit. pp. 21 ss.

<sup>279</sup> Vide M. DIESTE Y JIMÉNEZ, *Diccionario del Derecho civil aragonés* (Madrid 1869) pp. 162 ss. La curatela del ausente que recoge explícitamente el Derecho foral aragonés se acerca al concepto de sucesión anticipada, pues se atribuye preferentemente a los parientes llamados a suceder al ausente, sin perjuicio de mantener ciertas características que obligan a calificarla como una forma específica de guarda.

de ser paradójico, si analizamos que quien tiene que dar tal autorización para que pueda la mujer actuar como curador de su marido es éste último, el cual además se encuentra ausente; por ello se prevé que en ese caso tal autorización pueda ser suplida por el juez<sup>280</sup>. En este caso, se ha de tener presente que las leyes de Toro, en concreto la ley 56, hacen referencia al concepto de la licencia marital, como requisito para la válida actuación de la mujer casada. Tal institución surge en el Derecho castellano permitiendo a la mujer liberarse de las restricciones en su capacidad de obrar. En ausencia de tal licencia marital se prevén por las Leyes 57, 58 y 59 de las de Toro dos mecanismos más que permiten la capacidad de actuación de la esposa, como son la ratificación por parte del marido y la licencia judicial supletoria<sup>281</sup>.

Por último, ha de reseñarse otro aspecto relevante de la ausencia en materia patrimonial en la época anterior a la codificación, pues el Ordenamiento de Alcalá

---

<sup>280</sup> F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios* cit. pp. 239 ss.; F. J. MARTÍN, *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla* (Zaragoza 1865) pp. 117 ss.; M. DIESTE Y JIMÉNEZ, *Diccionario* cit. pp. 163 ss.

<sup>281</sup> *Leyes de Toro. Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres Leyes de Toro* (Madrid 1785) pp. 310 ss.; M.S. ARRIBAS, *Leyes de Toro. Estudio preliminar* (Madrid 1999) pp. 1 ss. La Ley 59 de las de Toro dice así: "Cuando el marido estuviere ausente, y no se espera próximo venir, ó corre peligro en la tardanza: que la justicia con conocimiento de causa seyendo legitima, ó necesaria, ó provechosa á su mujer, pueda dar licencia á la mujer, la que el marido le había de dar: la qualasi dada vala como si del marido sea.

1. Como el marido es dueño de los bienes dotales, su administrador y usufructuario, no cabe duda que la mujer carece de facultades para contratar en razón de ellos; y por lo mismo parecía, que no militando este motivo en los parafrenales (pues el marido solo tiene su administración) y demás que la mujer lleva á el matrimonio extra-dotem, podría ésta hacer contratos sobre ellos, aun sin permiso del marido: sin embargo como quiera que hoy los frutos producidos de qualesquier bienes pertenecen de por mitad á ambos cónyuges, y por esto resulta interesado aquel en las disposiciones y contratos que la mujer practique sobre ellos; justamente previno nuestra ley 55., que á este fin haya de intervenir licencia de su marido; y mas quando aquella debe respetar á éste como cabeza, y se halla baxo su potestad, principalmente en tres cosas:: Primera: en quanto á la residencia y cohabitacion que debe hacer con el marido: Segunda: en lo respectivo á la prestación de obras que está obligada á hacerle; y tercera: en lo tocante á la sujeción que debe sufrir á la jurisdicción y domicilio del marido.

2. Vale el contrato hecho por la mujer sin licencia ó ratificación de su marido, y aun sin la del Juez, siempre que á ella le sea útil, á semejanza del formalizado por el menor sin autoridad de su Tutor ó Curador: y aunque nuestra ley 59. Da á entender, que aun en este caso deba intervenir licencia judicial en la expresión ó provechosa á su mujer; esto no induce necesidad, y sí produce el efecto de la perpetua validación del contrato, aunque después aparezca inútil: lo qual no es asi en el que se executa por la mujer sin permiso alguno; porque apareciendo despues inútil se deshace. Advirtiendose, que no es necesaria la licencia del marido quando la mujer contrata con él, ó le demanda alimentos, dote, ú otro qualquier derecho que le corresponda, en caso de irse aquel empobreciendo. Lo mismo quando ambos tratan con algún tercero, porque este hecho induce un tácito permiso: ó si la mujer á presencia del marido practicare el contrato: ó éste después lo ratificare: ó por último, quando aquella conciencia y paciencia del marido estuviere dedicada á alguna negociación ú oficio, y quanto á ellos tratare y contratare.

3. Aunque el contrato hecho por la mujer sin licencia del marido tenga la circunstancia del juramento, no vale; porque esta qualidad solo obra quando del acto en que interviene resulta interesse únicamente á el mismo que lo formaliza; mas no si media el de un tercero qual es el marido en nuestro caso."

permitía la contratación por parte de los ausentes, no pudiendo alegarse la ausencia como causa de excepción al cumplimiento del contrato mismo<sup>282</sup>.

## 2. Ausencia y proceso

Desde una perspectiva procesal, la ausencia también ha mostrado una gran relevancia histórica, sobre todo en relación con las tradicionales limitaciones impuestas a la capacidad de actuación de la mujer a lo largo de los tiempos, a la que nos referíamos más arriba. Por ejemplo, la mujer no asumía en principio la representación en juicio de su cónyuge ausente, sino que tal atribución recaía sobre los alcaldes de la localidad<sup>283</sup>.

Igualmente, en el ámbito procesal es interesante hacer una serie de matizaciones fijadas por los fueros en materia de comparecencia de los citados. Así, para el emplazamiento de las partes se seguía un trámite consistente en un convenio particular, de modo que si había una discusión entre las partes, éstas se entrevistaban, discutían, daban sus razones, y si aun así no llegaban a un acuerdo, ambas se comprometían a presentarse en una fecha concreta ante la autoridad judicial para dirimir las querellas. Y casi simultáneamente a este procedimiento surgió la citación propiamente dicha<sup>284</sup>. Tal citación podía hacerse de varias maneras, así, de forma privada (*mannitio*), en la que el querellante requería al demandado con testigos en la propia casa de este último, para que compareciese ante el tribunal en el plazo de siete a catorce noches. Podía hacerse también judicialmente o *ex officio* (*bannitio*), o bien presentarse una denuncia ante la asamblea reunida (*mallatio*). Por último, se podía realizar por asamblea judicial o en la iglesia (*nuntiare*). En cuanto a los plazos de la comparecencia, dependía de la forma en

---

<sup>282</sup> Vide M.I. NÚÑEZ PAZ, *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea* (Oviedo 2000) pp. 113 ss.

<sup>283</sup> J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba judicial en el derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media*, en *AHDE*. 31 (1961) pp. 17 ss.; A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición: la traición en León y Castilla* (Santiago de Compostela 1971) pp. 106 ss.; L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Uniones aragonesas y las Cortes del Reino* (Zaragoza 1975) pp. 5 ss.; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla* cit.pp. 100 ss.; R. BLECUA FRAGA, *El delito de traición* (Madrid 1983) pp. 38 ss.; A. PÉREZ MARTÍN, *El derecho procesal del "iuscommune" en España* (Murcia 1999) pp. 13 ss.

<sup>284</sup> A.J. PÉREZ RAGONE, *La rebeldía en diversos modelos procesales de la Edad Media, paralelos, variables y evolución de la figura*, en *REHJ*. 30(2008) pp. 289 ss.

que la citación se hubiere practicado, atendiendo fundamentalmente a dos variantes, cuales eran, la importancia del hecho delictivo y las circunstancias de presencia o ausencia del acusado. Así, en caso de *mannitio*, el plazo era fijado libremente por las partes, soliendo ser largo en asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción real. En caso de *bannitio*, el demandado debía comparecer ante el juez en el plazo que marcaban las leyes, que solía ser de siete, catorce, cuarenta o cuarenta y dos noches<sup>285</sup>.

En el Fuero de Daroca se disponía que, si el citado lo había sido en la ciudad, tenía que comparecer al día siguiente, pero si se le había notificado fuera tenía que hacerlo al cuarto día, en aras de proporcionar tiempo suficiente para garantizar su efectiva presencia en juicio<sup>286</sup>. Se trataba ya en aquél momento de asegurar la presencia del demandado, por lo que la falta de asistencia se sancionaba con una multa, salvo debida justificación. Las multas dependían de los diversos Fueros, llegando incluso a la confiscación de bienes.

En el Fuero de Soria se marcan igualmente para el día siguiente si está en villa, y para el tercer día si está fuera, haciéndose el emplazamiento, en caso de que tenga tierras en la villa pero viva fuera, al que tenga las tierras, el cual deberá encargarse de avisar al dueño, dándole plazo suficiente para comparecer por sí o por personero. Los gastos del aviso corren a cargo del demandante, si el demandado no aparece o no quiere acudir, quedando los bienes en su “tenencia” durante tres meses si son muebles, y seis meses si son raíces, en cantidad suficiente para responder a la demanda. Si la ausencia del demandado continúa, pasado ese plazo, los bienes pasan a ser del demandante. En el caso de que el demandado no tenga a persona alguna en sus tierras para que pueda avisarle de su comparecencia, los bienes también en este caso se dejan en “tenencia” del demandante, pero si el demandado apareciere, si hubiere vencido a la demanda, recuperará los bienes; en este caso no se habla de plazo concreto en el que deba aparecer para ello.

---

<sup>285</sup> ID., *Ibid.*

<sup>286</sup> T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla* cit. pp. 541 ss. “*Dealdeanis quoque statuimus ut si aliquis de aldeam querimoniam habuerit, ostendat ei signum iudicis ad fórum darocae et si in villa ostenderit illi signum iudicis alio sequenti die veniat ad placitum ad horam tertiam, ubi judextenet placita; si autem extra villamos tenderit ei signum iudicis quarto die veniat et dato pignore actori satisfaciatur illi; si autem super illud pignus reus satisfacere noluerit, ostendat illi signus, ad allium diem ut udducat illi pignus de quinque solidis et alio die de decem solidis et sic duplicetur quoti die donec satisfaciatur*”.

En el Fuero de Medinaceli la falta de presencia obligaba al ausente a pagar un maravedí<sup>287</sup>. Si no tuviere casa en la villa y no compareciere a juicio, al tercer día de la citación era condenado a multa de cinco sueldos, que eran para el juez<sup>288</sup>.

En el Fuero de Daroca, si no comparecía el demandado, se le prendaba la primera vez cinco sueldos, la segunda diez, y así duplicando hasta obtener satisfacción; en caso de que hubiese huido y no compareciere dentro del noveno día se le declaraba culpable y se le confiscaban los bienes<sup>289</sup>.

Otra muestra de la existencia de las dispersas disposiciones en esta materia en nuestros antecedentes legislativos la encontramos en la ley 23 de las Cortes de Tudela de 1593, disponiendo el nombramiento de un procurador de las Audiencias Reales en defensa de los bienes del ausente contumaz, si bien era necesaria la previa notificación a los parientes más próximos del no presente, por si quisieren defender ellos mismos los derechos de éste, a tal fin se harían cargo de la administración de esos bienes a falta de designación expresa<sup>290</sup>.

### 3. Ausencia, peregrinaciones y cautiverios

Hay ciertas maneras de ausencia que se preveían privilegiadas históricamente en función de la causa que las motivaba, así por ejemplo la ausencia ocasionada con motivo de peregrinación daba lugar a una serie de beneficios, como la libertad de

---

<sup>287</sup> T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales* cit. pp. 438 ss.: “Qui aplazado fuere de iudez o de alcaldes o de su capillo e no viniere a plazto, peche un moravedi”.

<sup>288</sup> T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales* cit. pp. 439 ss.: “Qui non oviere casa poblada en la villa demonstren le plazdo avenga a tercer dia a plazdo a hora de tercia et si non viniere a plazdo lieven le iudez por Vsueldos et sean se del iudez.”

<sup>289</sup> T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales* cit. pp. 537 ss.: *Si autem ad nonum diem sibi prae fixum non venerit, sit deinceps homicida vel male factor et Omnia suas sint in corrupta.*

<sup>290</sup> J.M. Yanguas y Miranda, *Diccionario de antigüedades del reino de Navarra* (Pamplona 1840) pp. 103 ss.; A. Morales y Gómez, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra* (Pamplona 1884) pp. 295 ss.; C. Martínez de Aguirre-P. de Pablo Contreras, *Derecho civil navarro y codificación civil en España*, en *Revista Jurídica de Navarra* 6(1989) pp. 65 ss.

circulación de la que disponían<sup>291</sup>, o la exención del pago de impuestos, la especial protección de sus bienes<sup>292</sup> e incluso la concesión a su testimonio de carácter privilegiado<sup>293</sup>. Las Partidas dedican un Tratado de ley a los privilegios de los peregrinos<sup>294</sup>, con el fin de dar a los mismos una máxima seguridad de poder regresar a salvo. En el mismo sentido el Fuero Real<sup>295</sup> promulgó un Decreto, cuyo contenido fue recogido posteriormente en textos como la Novísima Recopilación<sup>296</sup> o las Ordenanzas Reales de Castilla<sup>297</sup>.

Se daban por tanto disposiciones favorables para los peregrinos, y fue en este sentido que en el año 1113 el Arzobispo Gelmírez, mediante Decreto, prohíbe prender a los mercaderes y peregrinos para que de ese modo los acreedores diesen satisfacción a

---

<sup>291</sup> L. VÁZQUEZ DE PARGA-J.M. LACARRA-J. URÍA RÍU, *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela* (Pamplona 1993) pp. 114 ss.; E. VALIÑA SANPEDRO, *El Camino de Santiago. Estudio histórico-jurídico* (Lugo 1971) pp. 172 ss.

<sup>292</sup> J. RAPOSO ARCEO-L. MUIÑO FIDALGO, *La protección jurídica del Camino de Santiago*, en *Estudios jurídicos sobre el Camino de Santiago* (Santiago de Compostela 1994) pp. 29 ss.; J. R. PARDO GATO, *El Derecho Castellano-leonés en la peregrinación jacobea. Una reflexión histórico-jurídica*, en *Revista jurídica de Castilla y León* 5 (2005) pp. 191 ss.

<sup>293</sup> Vide E. VALIÑA SANPEDRO, *El Camino de Santiago* cit. pp. 5 ss.; F. FERNÁNDEZ DEL RIEGO, *As peregrinaciónsxacobeas* (Vigo 1984) pp. 95 ss. El fenómeno de las peregrinaciones surgió como el viaje realizado con motivos religiosos a un lugar de devoción, o sagrado o en el que se encuentran reliquias, con la finalidad de redimirse de los pecados y con motivo de penitencia. Este fenómeno fue característico de la Edad Media europea, aun cuando no exclusivo de tal lugar y tiempo, en base a la tradición de la totalidad de las religiones, en las que el creyente tiene la necesidad de escapar de su realidad para encontrarse con lo sobrenatural. La peregrinación fue un motor de evolución de sociedad europea del momento siendo tres los principales destinos de este viaje, como son Jerusalén, Roma y Santiago de Compostela, sin perjuicio de otros lugares en los que existían ciertas reliquias. El peregrinaje podría venir motivado por una intención individual en base a una penitencia canónica o bien una sentencia civil, imponiéndose la pena de peregrinación por un Tribunal eclesiástico con respuesta a la comisión de un delito de su jurisdicción. Surgió como tradición la posibilidad de perdonar a ciertos infractores si se comprometían a realizar el Camino de Santiago, lo que tuvo un mayor desarrollo en Bélgica y en Francia; de hecho, en Bélgica rige el proyecto Oikoten, en virtud del cual se perdona a los jóvenes condenados por delitos menores, evitando que vayan a la cárcel. Esta ha sido una solución apoyada por ciertos autores en nuestro país. Vide *La Voz de Galicia*, de 20 de septiembre de 2004.

<sup>294</sup> Part. 1,24,3. *Que priuillejo han los romeros e sus cosas andando en romería*. Vide J. BERNI E CATALÁ, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida al tenor de las leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna* (Valencia 1759) pp. 143 ss.

<sup>295</sup> Fuero Real 4,12,1. Vide A.J. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *La protección jurídica del peregrino medieval del Siglo XIII, especial referencia al libro de los Fueros de Castilla y al Fuero Real*, en *Cuatro pilares para un camino: Actas del VI Congreso Internacional de Asociaciones Jacobeas 2002* (2005) pp. 249 ss.

<sup>296</sup> Novísima Recopilación 1,30,1. Vide J. VIANA RAZOLA, *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (Madrid 1829) pp. 224 ss.; G. GARCÍA CANTERO, *Ruta jacobea, JusCommune y JusEuropeum*, en *RDUNED*. 7(2010) pp. 307 ss.

<sup>297</sup> Ordenanzas Reales de Castilla 1,9,1. Vide A. DÍAZ DE MONTALVO, *Ordenanzas Reales de Castilla* (Madrid 1779) pp. 749 ss.

sus créditos<sup>298</sup>. En el ámbito de Derecho civil también se dispusieron previsiones de esta índole, así el Fuero Real de España prohibía de manera radical todo embargo sobre los bienes del peregrino<sup>299</sup>.

En los Fueros esta cuestión se regula de diversa manera; por ejemplo en el Fuero de Daroca<sup>300</sup> en el año 1142 se prevé que, para la partición de los bienes en caso de herencia, es necesario el transcurso del plazo de un año si una de las partes interesadas hubiere marchado en peregrinación. Por su parte, el Fuero de Estella de 1164, de conformidad con sus plazos establecidos, equipara al peregrino con el mercader a los efectos de prenda, mientras dure la romería<sup>301</sup>.

Asimismo, el Fuero de Alba de Tormes disponía plazos específicos para aquellos que hubieren marchado en peregrinación y tuvieran que declarar en juicio<sup>302</sup>. En el caso de que la peregrinación fuere a Jerusalén, se concedía un plazo de un año; o bien seis meses, un mes, tres semanas o quince días, si la peregrinación era respectivamente a Roma, Santiago de Compostela, San Salvador de Oviedo o Santo Domingo<sup>303</sup>.

En cuanto a los prisioneros de guerra, el Fuero del Obispado de Compostela de 1113 preveía un efecto sobre los bienes del ausente por motivo de cautiverio, reservando la propiedad sobre los mismos a favor del cautivo propietario con el límite

---

<sup>298</sup> En tal caso la pena era la excomunión y la de resarcir con el doble del valor de la cosa prendada. Vide J. G. ATIENZA, *Los peregrinos del Camino de Santiago* (Madrid 2004) pp. 213 ss.

<sup>299</sup> Vide Fuero Real 4,24,2. En caso contrario se podrían imponer multas de la cuantía de cincuenta maravedíes o cualquier otra pena que el rey quiera imponer contra el que ha llevado a cabo el embargo contra el peregrino.

<sup>300</sup> Vide Fuero de Daroca (Zaragoza 1898) pp. 15 ss.; L. VÁZQUEZ DE PARGA-J.M. LACARRA-J. URÍA RÍU, *Las peregrinaciones a Santiago* cit. pp. 282 ss.

<sup>301</sup> Si el deudor había ido a peregrinar a Jerusalén o había sido hecho cautivo de los moros o de malos cristianos se contaba con el plazo de un año y un día para proceder contra el fiador; ahora bien, si había ido a peregrinar a Roma, Santiago u otro Santuario, se le concedía plazo suficiente para que pudiese ir y volver. Vide M. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, *La extranjería en la historia del Derecho español* (Oviedo 1991) pp. 276 ss.

<sup>302</sup> A. CASTRO-F. ONÍS, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes* (Madrid 1916) pp. 55 ss.

<sup>303</sup> J. VALDEÓN BARUQUE, *Aspectos de la vida cotidiana en la Castilla de fines de la Edad Media* (Madrid 1998) pp. 203 ss.

de un año. Ello es muestra del especial cuidado que se da a los ausentes por cautiverio en poder de los musulmanes; un ejemplo es la especial consideración con que se tratan sus armas y cabalgaduras<sup>304</sup>.

Del mismo modo, se establecieron una serie de disposiciones en materia de Derecho sucesorio; así por ejemplo, el Fuero de Daroca establecía un plazo de seis meses para que el ausente pudiera llegar a hacerse cargo de la porción hereditaria, ampliando el mismo a un periodo de un año en el caso de que la ausencia viniera motivada por una peregrinación, y finalmente estableciendo una previsión más favorable para el cautivo, no limitando a ningún plazo concreto la posibilidad de ejercicio de tal derecho por su parte<sup>305</sup>.

#### **4. Ausencia y matrimonio canónico**

La doctrina pontificia sobre los efectos ocasionados por la ausencia en el matrimonio vino a ser plasmada con mayor precisión a través de dos Decretales, de Lucio III y de Clemente III, denominadas *Dominus e In praesentia*. La primera de ellas establece la prohibición tajante de contraer segundas nupcias si no consta de manera cierta la muerte del cónyuge ausente y, asimismo, declara la nulidad del segundo matrimonio si reaparece el ausente al que se reputaba fallecido<sup>306</sup>. La segunda de las Decretales citadas versa sobre el supuesto de que, transcurridos ya siete años desde la ausencia del marido, la mujer pretenda contraer nuevo matrimonio. Pues bien, Clemente III exige en este caso también adquirir certeza sobre la muerte del cónyuge desaparecido para que al mismo se le tenga por tal y la mujer pueda contraer nuevo matrimonio.

En definitiva con ambas Decretales, que podrían parecer contradictorias no siéndolo en realidad<sup>307</sup>, se muestra la doctrina canónica sobre la materia, que servirá de

---

<sup>304</sup> A. LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa Iglesia de Santiago de Compostela* (Santiago 1900) pp. 191 ss.; P. DAVID, *Études Historiques sur la Galice et le Portugal du VI au XII siècle* (París 1947) pp. 362 ss.

<sup>305</sup> Vide J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español*, en *AHDE*.27-28 (1957-1958) pp. 221 ss.

<sup>306</sup> Decretales de Gregorio IX (Barcelona 1940) pp. 87 ss.

<sup>307</sup> L. SPINELLI, *La presunzione* pp. 37 ss., entiende el autor “las disposiciones de estas dos decretales no son contrastantes entre sí, sino que tienden igualmente a tutelar un mismo principio, que es la



base para sistematizar una doctrina en torno a la misma. Ambos instrumentos normativos se recogieron en las Decretales de Gregorio IX y pasaron a ser objeto de glosas. La glosa a la primera decretal dispone que no ha existido el primer matrimonio si se acredita la vida del que estaba ausente, ahora bien, entretanto apuesta por la validez del segundo matrimonio. La glosa a la segunda de las decretales persiste en la prohibición de tal segundo matrimonio si no consta la certeza de la muerte del cónyuge desaparecido, eso sí, rebaja ya la rigidez de exigencia de tales medios de prueba, admitiendo para ello las meras presunciones, debiendo buscar inexcusablemente en el lugar en el que se presupone que se encontraba el desaparecido<sup>308</sup>.

Fueron los canonistas quienes trataron de establecer una serie de medios para adquirir certeza sobre la muerte del ausente<sup>309</sup>. Esta cuestión fue asimismo abordada por el Concilio de Trento, que estableció una disposición sobre la misma de manera indirecta, a través de prohibir los matrimonios clandestinos y estableciendo asimismo la necesidad de la licencia de la autoridad eclesiástica para poder contraer nuevas nupcias. A continuación los canonistas centraron su atención en los criterios que permitieran adquirir la certeza sobre la muerte del ausente, para autorizar las nuevas nupcias por parte del supérstite<sup>310</sup>.

---

indisolubilidad del vínculo. Solo es de notar que, mientras la Decretal de Clemente III defiende la perennidad del vínculo matrimonial y no agrega más, la decretal de Lucio III, en cambio, después de haber reafirmado el mismo principio, coloca la atención en un caso, que puede naturalmente suceder toda vez que el cónyuge presente no respeta la prohibición de contraer nuevas nupcias”.

<sup>308</sup> J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del pueblo de Dios* (Pamplona 1970) pp. 103 ss.: “Desde 1234 el derecho canónico va a estar contenido en dos grandes colecciones: el Decreto de Graciano, síntesis privada, pero autorizada de la tradición canónica desde los primeros siglos, tal como la entendían y la interpretaban los hombres de la Edad Media, y las Decretales de Gregorio IX, código que contenía el derecho nuevo, es decir, el que habían producido los Papas, según la técnica romanista entonces en boga, a lo largo de todo un siglo.”

<sup>309</sup> Así por ejemplo, E. DE SEGUSIA, *In quartum decretalium librum commentaria* (Torino 1965) pp. 6 ss., para quien se puede presumir la muerte mediante la declaración de al menos un testigo; N. DE TUDESCHI, *Commentario in quartum Decretalium librum* (Torino 1967) pp. 8 ss., exige una prueba completa, si bien la decisión última debe corresponder al juez. Esta última es la postura acogida por los canonistas en el Siglo XV.

<sup>310</sup> T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum* (Venecia 1737) pp. 150 ss., sólo admite la validez de la certeza moral, y no sólo probable, si el ausente se encontrare en lugar remoto y no fuere posible acreditar la muerte de otra manera; admitiendo asimismo la fama pública como prueba cuando existan conjeturas fuertes al respecto; A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum* (Antverpiae 1755) pp. 154 ss., por su parte afirma que no basta con la certeza meramente probable, admitiendo como medio de prueba los libros parroquiales, los documentos auténticos, el testimonio de dos testigos, pruebas indiciarias, unidas a testigos de vista, de oídas o bien a la fama. Sobre esta cuestión se pronuncian M. GHIRARDI-A. IRIGOYEN LÓPEZ, *El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica*, en *Revista de Indias* 246 (2009) pp. 241 ss., haciendo constar lo dispuesto por el

Tras el Concilio de Trento se dispusieron una serie de normas para evitar situaciones de bigamia o poligamia, mediante Instrucciones de la Sagrada Congregación del Santo Oficio<sup>311</sup>; en concreto las de 1658 y 1665, las cuales, respecto de la prueba de la muerte del ausente, disponen que en caso de fallecimiento en hospital, muerte por militares o entierro en Iglesia, se presente un documento auténtico del rector del hospital, de la Iglesia o del Jefe de la Unidad militar correspondiente, todo ello sin perjuicio de la admisibilidad de otras pruebas admitidas por el Derecho común<sup>312</sup>.

Posteriormente, Clemente X promulgó una Instrucción de 1670, *Cum Alias*, en la que se contenían reglas específicas relativas a circunstancias concretas del desaparecido, tales como la edad, la conducta moral y familiar, entre otras; y no podemos dejar de mencionartambién la Instrucción de 1822, *Ingestes bellorum clades*, en la que se dispone que el juez podría basar su certeza en una serie de declaraciones, que individualmente son insuficientes, pero que en su conjunto permiten alcanzar tal certidumbre sobre la muerte del desaparecido.

Asimismo, y para tratar de regular de manera unitaria la cuestión relativa a las segundas nupcias del cónyuge, debido a las dispersas normas relativas a la materia existentes hasta el momento, se dictó la Instrucción *Matrimonii vinculo*, de fecha 13 de mayo de 1868, en la que se recoge de nuevo que no basta con la mera presunción de la

---

Concilio de Trento, en virtud del cual: “Muchos son los que andan vagando y no tienen mansión fija, y como son de perversas inclinaciones, desamparando la primera mujer, se casan en diversos lugares con otra, y muchas veces con varias, viviendo la primera. Deseando el Santo Concilio poner remedio a este desorden, amonesta paternalmente a las personas a quienes toca, que no admitan fácilmente al matrimonio esta especie de hombres vagos; y exhorta a los magistrados seculares a que los sujeten con severidad; mandando además a los párrocos, que no concurren a casarlos, si antes no hicieren exactas averiguaciones, y dando cuenta al Ordinario obtengan su licencia para hacerlo.”

<sup>311</sup> La primera Instrucción “cum alias”, obra de Clemente X, del año 1670, integraba un cuestionario para que el juez eclesiástico desterrara las dudas acerca de si el ausente, que se presumía muerto, se encontraba o no con vida: *Interrogetur de loco et tempore, quo sunt mortui et quo modo ipse testissciat fuisse coniuges et nun esse mortuos. Et si respondeat mortuos fuisse in aliquo hospital, veli disse repeliri in certa ecclesia, vel occasione militae sepultos fuisse a militibus, non detur licentia contrahendi nisi prius recepto testimonio authentico a rectore hospitalis, in quo praedicti praedeceperunt vel a rectore ecclesiae in qua humata fuerunt in qua descriptus erat miles. Si tamen huiusmodi testimonia haberi non possunt, Sacra Congregatio non intenditexcludere alias probationes, quae de iure communi possunt admittidum modos int legitimae et suficientes.* Se llegó a discutir por parte de las doctrinas italiana y francesa si el matrimonio llega a disolverse a través de la sentencia de la muerte presunta o de la declaración de ausencia, prefiriendo pronunciarse en el sentido positivo a este efecto disolutorio. Existen ciertos autores, como F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile* (Nápoles 1981) pp. 32 ss., quien considera que no hay disolución como tal, sino una debilitación del vínculo, dando lugar a una especie de aquiescencia del matrimonio; si bien el Código francés recogía claramente tal efecto disolutorio, reconociendo que el matrimonio permanecía disuelto, aun en caso de reaparición del ausente.

<sup>312</sup> U. GIRALDI, *Expositio Iuris Pontificii* (Roma 1830) pp. 493 ss.

muerte del cónyuge ausente para contraer nuevas nupcias, sino que se requiere certeza moral sobre la muerte del desaparecido para ello<sup>313</sup>.

## **B. Notas sobre la ausencia en el Derecho medieval europeo**

Las fuentes del Derecho visigodo recogen ciertos aspectos de la ausencia, aunque en ningún caso da lugar a una regulación unitaria y organizada. El *Liber Iudiciorum* reconoció, entre otras cuestiones, la representación procesal del ausente<sup>314</sup> y la posibilidad de prorrogar en dos años el plazo para celebrar la boda desde los esponsales en el caso de que uno de los cónyuges tuviere que ausentarse de manera forzosa, de modo que no sólo trata de la ausencia por cautiverio de guerra que afectaría únicamente al hombre y no a la esposa, sino que amplía tal supuesto a otros casos de ausencia<sup>315</sup>. Se refleja asimismo la preocupación por proteger el domicilio del ausente<sup>316</sup>, se prevé que la ausencia interrumpa el plazo que es necesario que transcurra

---

<sup>313</sup> L. SPINELLI, *La presunzione* cit. pp. 74 ss. La Instrucción *Matrimonii vinculo* constituye la base fundamental del instituto de la presunción de muerte en el derecho canónico. Se trataba en definitiva de obtener pruebas que acreditaran fehacientemente la muerte del cónyuge ausente para que el superviviente pudiera contraer nuevas nupcias, a través de documentos auténticos o testigos fidedignos; ahora bien, si no fuere posible obtener tal prueba plena por falta de tales medios, se podría proceder por indicios o conjeturas que permitieran presumir la muerte del ausente. En el estudio de esta materia ha sido fundamental el análisis realizado por S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico* cit. pp. 312 ss.

<sup>314</sup> Respecto de la capacidad de actuación de la mujer, el Derecho visigodo viene a recoger las limitaciones que en este aspecto se impusieron por el Derecho romano, influenciado ahora por la doctrina cristiana; por un lado se limita la capacidad de actuación de la mujer casada en pro de la comunidad conyugal, mientras que por otro, se le atribuye la capacidad de disponer de los bienes consorciales en una pequeña cuantía, lo que fue conocido con el nombre de “potestad de las llaves”. En los sistemas altomedievales era necesario el otorgamiento de una autorización por parte del marido para que la mujer pudiese actuar; ahora bien, debido al incremento de las expediciones militares fue necesario establecer ciertas previsiones en virtud de las cuales se permitiera actuar a la esposa sin la necesidad de tal concesión, aunque esta capacidad de actuación lo era solo para negocios de escasa relevancia. Tras la recepción justiniana, las limitaciones a la capacidad de actuación de la mujer son las mismas, si bien ahora se recogen ya positivamente en la obra de Alfonso X, en concreto, en las Partidas Cuarta, Quinta y Sexta. Y toda esta base anterior es en la que se apoya la regulación recogida en las Leyes de Toro sobre esta materia, relativa a los principios que rigen las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada. Vide E. GACTO FERNÁNDEZ, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla* (Sevilla 1975) pp. 65 ss.; E.P. THOMPSON, *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe* (Cambridge 1976) pp. 10 ss.

<sup>315</sup> M.J. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil I. La tradición romanística* (Barcelona 1982) pp. 412 ss.

<sup>316</sup> Lib. Iud. 9,2,2. Vide G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos* (Burgos 1982) pp. 21 ss.

para consumir la prescripción adquisitiva por parte de un tercero sobre los bienes del ausente<sup>317</sup> y se observan aspectos tan llamativos como la prohibición al médico de visitar a la mujer en ausencia de su familia o marido<sup>318</sup>.

Como ocurría en Derecho romano, al que dedicamos el capítulo siguiente, el Derecho visigodo no presenta una regulación estructurada y orgánica de la figura jurídica de la ausencia, sino diversas disposiciones o previsiones de los efectos y consecuencias de las situaciones de ausencia que se manifiestan por diversos motivos. No obstante lo anterior, esa diversidad viene presidida por una nota de unicidad, consistente en el principio de prevalencia de una presunción de vida del ausente mientras no se pruebe de manera fehaciente la muerte del mismo. Este principio tiene asimismo sus consecuencias, como su específica influencia en el caso de que la mujer del ausente pretenda contraer nuevo matrimonio, pues es necesario para ello que se obtenga la certeza de la muerte del ausente, recayendo tal obligación tanto sobre la mujer como sobre el hombre con el que quiere contraer nuevo matrimonio, previéndose las penas de adulterio para ambos incumplidores en caso de contravención<sup>319</sup>.

Como veremos, el principio de presunción de vida es una de las bases fundamentales de la concepción romana de la ausencia, cuya máximas manifestaciones se encuentran en el *iuspostliminium* y en la ficción de *Lex Cornelia*; de modo que no sólo era necesario probar la muerte del ausente para abrir su sucesión, sino que además, si el mismo era llamado a una herencia existía la obligación de tal prueba de su muerte por los herederos remotos. El ausente no podía tampoco adir una herencia, salvo que se tratase de un cautivo, en cuyo caso se suspendería tal derecho a su favor<sup>320</sup>.

El problema surgía cuando tales situaciones se mantenían de manera prolongada, debido a la necesidad de establecer una presunción de muerte, que nunca llegó a formularse en la época romana por no ser necesaria, debido a la flexibilidad del sistema

---

<sup>317</sup> Vide A. JORDÀ FERNÁNDEZ, *El terminis de la prescripció en el dret històric català. Anàlisi comparada amb altres règims jurídics* (Castella, València, Aragón), en *Revista de Dret Històric Català* 3 (2004) pp. 25 ss.

<sup>318</sup> Lib. Iud. 11,1,1.

<sup>319</sup> Lib. Iud. 3,2,6. Vide Y. ALARCÓN PALACIO, *Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación*, en *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 24 (2005) pp. 2 ss.

<sup>320</sup> L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración. Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias* (Madrid 1851) pp. 654 ss.

de admisión de la prueba de tal muerte<sup>321</sup>. Sin embargo, no se percibía en aquel momento la necesidad de establecer de manera organizada unos plazos para reputar fallecido al ausente, sino que el juez debería encargarse de resolver cada cuestión en concreto. Todo lo anterior sin perjuicio de la presunción centenaria de vida, que posteriormente se recogerá por los glosadores<sup>322</sup>.

Por tanto, en el Derecho romano no se recogió un plazo señalado en el que debía presumirse la muerte del ausente, sino que el fallecimiento debía probarse, aun cuando el sistema probatorio de la época no fuese especialmente riguroso<sup>323</sup>. Sin embargo, en el Derecho germánico se reguló una suerte de presunción de muerte en un texto legal longobardo, el Edicto del Rey Liutprando del año 720 d.C. En virtud de éste, quien por razones de comercio o de trabajo hubiere partido de su provincia y no regresare en el plazo de tres años, sin justa causa de dicho retraso que haya sido debidamente comunicada, perderá el dominio de sus bienes, los cuales pasarán a sus hijos o, en defecto de éstos, a sus hermanos, parientes más próximos y la Corte Regia. Si posteriormente regresaba el ausente, los hijos no podrían recibirlo sin el permiso del Rey<sup>324</sup>.

La finalidad de esta medida era meramente sancionadora, se usaba como mecanismo contra quienes habían huido sin haber obtenido previamente la licenciaregia, y no tanto como una medida de protección de los intereses de terceros que pudieren verse afectados por la ausencia de otro sujeto<sup>325</sup>. Tal disposición del Edicto

---

<sup>321</sup> Tal flexibilidad es recogida por las propias fuentes, así D. 22,5,3,2; D. 22,3,13.

<sup>322</sup> Tal presunción de vida no supuso para Roma el comienzo de la existencia de una presunción de muerte una vez expirado el plazo señalado de los cien años desde el nacimiento del ausente; se trata tan sólo de un dato tomado de la experiencia respecto de la duración de la vida humana, y que trata de delimitar el tiempo de duración de ciertos derechos o acciones.

<sup>323</sup> El Derecho Romano no conoció de una presunción de muerte como tal, limitándose a establecer reglas de manera aisladas sobre determinadas relaciones jurídicas, sin llegar a recogerse tal presunción una vez alcanzados los cien años de vida del desaparecido, sino percibido desde un punto de vista positivo, como presunción de vida durante dicho plazo con la finalidad de fijar un límite al usufructo de las personas jurídicas.

<sup>324</sup> D.R. GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, en *RDUNED*. 12 (2013) pp. 885 ss.

<sup>325</sup> A. PERTILE, *Storia del Diritto italiano* (Milano 1894) pp. 254 ss.; F. SCHUPFER, *Il Diritto privato dei popoli germanici* (Roma 1923) pp. 8 ss.; C. NANI, *Storia del Diritto privato italiano* (Milán 1972) pp. 11 ss.; este plazo de tres años tuvo como antecedente la costumbre de Hainaut.

tenía asimismo una intención de aplicabilidad general, esto es, que se extendiera a todos los casos de ausencia.

El Derecho germánico dio una escasa relevancia a la ausencia desde una perspectiva patrimonial, quizá debido a la influencia derivada de la idea de la propiedad en aquella época, eminentemente colectiva, del Estado o de la familia, lo que por otro lado afecta a cuestiones distintas como por ejemplo la sucesión, que tiene su fundamento no ya en la necesidad de la continuidad de la personalidad del fallecido, sino en el mantenimiento de los bienes del difunto en su familia<sup>326</sup>.

Ahora bien, en caso de regreso del ausente, existe cierta complejidad a la hora de restituirle en las relaciones jurídicas de las que ya era titular; esta idea concuerda con la anterior disposición señalada del Edicto de Liutprando, así como con otras disposiciones, en virtud de las cuales se permite al que haya tomado los bienes del ausente el poder alegar a la prescripción adquisitiva sobre los mismos si este último regresase y reclamase su patrimonio.

En este sentido debe reseñarse el límite de treinta años para que el ausente pudiese reclamar sus bienes (prescripción *longissimi temporis*), límite que viene recogido en la *Lex Romana Utinensis o Curiensis*<sup>327</sup>. Esta limitación aparece asimismo recogida en un texto de Paolo Diacono<sup>328</sup>. Se trata en definitiva de mantener las situaciones que se crearon con la ausencia, sobre la base de considerar muerto al ausente.

Por lo que se refiere a la esfera personal, en concreto al matrimonio, se parte en la concepción germánica de una idea de admisibilidad del divorcio con carácter general, lo que nos lleva a admitir que la ausencia de uno de los cónyuges permitiría al otro contraer nuevas nupcias sin grandes limitaciones que lo impidieran o dificultaran; ahora

---

<sup>326</sup> A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) pp. 309 ss.

<sup>327</sup> G. HAENEL, *Lex romana Visigothorum* (Alemania 1962) pp. 128 ss.; F.J. CASINOS MORA, *De hereditatis petitione: estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en Derecho romano* (Madrid 2006) pp. 185 ss.

<sup>328</sup> P. DIACONO, *Historia langobardorum* (Hannoverae 1878) pp. 131 ss.

bien, la evolución hizo que de tal criterio amplio se llegara a otro más restrictivo propio del Derecho justinianeo<sup>329</sup>.

El capítulo 18 del Edicto de Liutprando, en el que se dispone que se declare el fallecimiento una vez transcurridos tres años sin regresar el desaparecido ni haber comunicado causa justificativa de su retraso, no establece sin embargo una disposición abierta a la posibilidad de contraer nuevo matrimonio por el cónyuge de quien se presume muerto, siendo para ello necesario que el presente acudiese al Rey y obtuviese de éste una licencia<sup>330</sup>.

En todo este entramado no era posible obviar la influencia del Derecho canónico y la doctrina católica sobre la indisolubilidad del matrimonio, lo que hizo que prevalecieran ciertos límites a una libertad casi absoluta en la capacidad para contraer nuevas nupcias<sup>331</sup>.

En el Siglo V se observa, sin embargo, una clara labor de la Iglesia tendente a reconocer la indisolubilidad del matrimonio, sin que tal vínculo pudiese llegar a romperse por causa de la ausencia. Esta cuestión se afronta en dos cartas pontificias, de Inocencio I y de León I<sup>332</sup>. La primera de ellas trata el supuesto en el que la mujer casada con quien ahora es prisionero hubiere contraído nuevas nupcias, lo que origina que se declare ilegítimo el segundo matrimonio ante la posibilidad del regreso del cautivo, ya que en este último caso debía ser reintegrado el primer matrimonio. La segunda, sin embargo, da una misma respuesta de validez del primer matrimonio sobre

---

<sup>329</sup> Vide N. ARRANZ LARA, *Instituciones de Derecho indiano en la Nueva España* (México 2000) pp. 30 ss.

<sup>330</sup> *Nam sine permissum regis non presumat maritum ducere*. Resulta por tanto que con anterioridad la mujer podía contraer nuevas nupcias sin ningún otro requisito.

<sup>331</sup> Estas restricciones no se recogieron en la *Lex romana Visigothorum*, pero sí en el *Liber Iudiciorum*. Resulta llamativo para la doctrina que no se recogiesen tales previsiones en el Breviario de Alarico, ya que en la época eran frecuentes las ausencias, debido a las dificultades encontradas en los viajes y la problemática de las comunicaciones. Vide G.M. MORÁN, *Los laberintos de la identidad política. Religión, nacionalismo, derecho y el legado de las culturas imaginadas de Europa. Del cristianismo como identidad cívica a la génesis de la identidad Nacional* (Madrid 2015) pp. 335 ss.

<sup>332</sup> P.M. GARÍN, *Legislación de la Iglesia Católica. Teología, Derecho y derecho matrimonial canónico* (Bilbao 1998) pp. 490 ss.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El concubinato en la experiencia jurídica romana* (Madrid 2000) pp. 145 ss.; C. PEÑA GARCÍA, *El fundamento de la absoluta indisolubilidad del matrimonio rato y consumado en la teología actual*, en *Estudios Eclesiásticos* 79 (2004) pp. 601 ss.; J. RODRÍGUEZ DÍEZ, *El matrimonio cristiano en San Agustín*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 38(2005) pp. 13 ss.

el segundo a dos casos distintos; el primero, en el que la mujer hubiere contraído segundas nupcias encontrándose el primer cónyuge cautivo y creyéndolo muerto; y el segundo, cuando la mujer contrajese tal matrimonio sabiendo que su cónyuge cautivo está vivo, pero sobre la conciencia de que en ningún momento podrá ser liberado<sup>333</sup>. Ambas cartas adquirieron validez incorporadas al Decreto de Graciano, sirviendo posteriormente de base a la doctrina de los decretistas<sup>334</sup>.

Tales decretistas mostraron diversas opiniones matizando el criterio general, así algunos de ellos llegaron a sostener que si el ausente regresase, el primer matrimonio sólo debe ser reintegrado si se hubiere consumado<sup>335</sup>; otros entienden que si la mujer cree que el cónyuge ausente ha fallecido y además su juicio se basa en *violentis praesumptionibus*, podría igualmente contraer nuevo matrimonio una vez transcurrido el plazo de un año<sup>336</sup>.

Podría pensarse en un principio que el Derecho visigodo es una prolongación del pensamiento romano, sin embargo el componente religioso era una fuente de marcada influencia en la sociedad del momento, y ese es el punto del que debemos partir<sup>337</sup>.

Este es el inicio de la equiparación de la ausencia con la presunción de que el ausente ha muerto, que posteriormente será una concepción arraigada en la historia jurídica de España, tal como han mostrado las fuentes especialmente en la Edad Media, aun cuando no sea objeto de una regulación unitaria y organizada. Así, en el vigente Código civil español el sentido de la ausencia es éste. La necesidad de regular esta figura surge por los inconvenientes que pueden derivarse de la misma, como

---

<sup>333</sup> Vide L. SPINELLI, *La presunzione* cit. pp. 74 ss.; H. CORRAL TALCIANI, *La declaración de muerte presunta en el Derecho matrimonial canónico*, en *Ius Canonicum* 80 (2000) pp. 451 ss.

<sup>334</sup> F. LOZANO, *Divorcio y nuevo matrimonio* (Navarra 1971) pp. 142 ss.; J.M. SOTO, *El matrimonio "in fieri" en la doctrina de S. Ambrosio y S. Juan Crisostomo. Estudio comparativo* (Roma 1976) pp. 1 ss.

<sup>335</sup> R. ORLANDO BANDINELLA, *Summa Magistri Rolandi* (Alemania 1962) pp. 200 ss.

<sup>336</sup> R. VON BOLOGNA, *Summa Decretorum* (Alemania 1963) pp. 507 ss.

<sup>337</sup> Puede afirmarse que el Derecho visigodo tiene cierta influencia del Derecho romano, y sin embargo se muestra dispar con ciertas disposiciones del Derecho franco y longobardo. Por un lado, en el Derecho franco las disposiciones referentes a la ausencia revelan cierta disparidad respecto del plazo estimado que debe transcurrir para poder hablar de una presunción de muerte del ausente. Así por ejemplo, en Hainaut se requería el plazo de tres años para hacerse cargo de los bienes del ausente, mientras que en Anjou ese plazo era de siete años. Por otro lado, como mencionábamos más arriba, el Edicto de Liutprando recogía la necesidad de la autorización real por parte de la mujer del ausente que pretendía contraer nuevas nupcias.



consecuencia de la imposibilidad de actuación del que no está presente ni es hallado, dejando a su suerte la continuidad y la efectividad de las diversas relaciones jurídicas que el ausente ostenta como titular.

### **III. CONCLUSIONES**

La regulación de la ausencia como verdadera institución jurídica no es evidente hasta la época de la codificación, a pesar de que con anterioridad se diera relevancia jurídica a ciertas consecuencias que venían motivadas u originadas por la falta de presencia de un sujeto. El punto de partida de tal regulación institucional se debe a los juristas franceses, en concreto, al Código Napoleónico, sistema que posteriormente será adoptado por diversas legislaciones de otros países.

La verdadera novedad se encontraba en el hecho de recoger en un único texto y de manera unitaria la totalidad de la materia de la ausencia, y no de forma dispersa en las normas de distintos tiempos como había ocurrido hasta el momento. Se reconoce la situación del ausente distinguiendo un primer momento en el que se trata de proteger los intereses de quien se encuentra en dicha situación, quien puede verse perjudicado en sus negocios e intereses como consecuencia de su imposibilidad de actuación respecto de los mismos; sin embargo en un momento posterior-en el que la ausencia es declarada legalmente- adquiere mayor rigor la presunción de la muerte del ausente, dejando de interesar solamente los intereses de este último para venir a decantarse la balanza a favor de la protección de los intereses sociales o bien de terceros que pudieran verse afectados por esa situación manifiesta de ausencia de otro.

Tal regulación francesa de la ausencia tuvo una gran importancia para España a la hora de codificar esta materia, cuya influencia tuvo un primer reflejo en el proyecto de Código civil de 1821 así como los posteriores de 1834 y 1836; hubo que esperar hasta el proyecto de 1851 para añadir ideas propias a esa tendencia francesa, tendiendo a la reducción de los plazos necesarios para la declaración de la ausencia.

Como decíamos, el Código francés de 1804 tuvo una fuerte influencia en la regulación de la materia de la ausencia en otras legislaciones; ahora bien, no fue la única regulación que sirvió de ejemplo en este ámbito, pues no podemos olvidarnos del

Código prusiano y de la regulación alemana, dando lugar a su sistemas propios, aun cuando se asienta sobre la base de ideas contrarias a las manifestadas por la codificación francesa en un primer momento.

En el fenómeno codificador español en los aspectos relativos a la institución jurídica de la ausencia tuvo mucho que ver el Código francés, y es por ello que este último ha sido objeto de nuestra atención para poder llegar a comprender la evolución de la regulación de los ausentes en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera diferencia que debe advertirse entre ambas legislaciones, francesa y española, a pesar de la gran influencia que marcó el *Code*, es que éste no conocía la distinción entre ausentes y desaparecidos, definiendo al ausente como aquella persona sobre la que recae la incertidumbre sobre su existencia, sin atribuírsele presunción alguna sobre su vida o su muerte.

El *Code* diferencia varias fases en la ausencia, así una primera etapa de ausencia meramente presunta se prevén tan sólo soluciones de carácter eventual; mientras tanto, en una fase que podríamos denominar más avanzada -de posesión provisional- se trata de establecer medidas de conservación de los bienes y el conjunto del patrimonio del que se encuentra en situación de ausencia, si bien en aras de proteger los intereses de las personas presentes que pudieran verse afectadas por la situación de falta de presencia de otro sujeto. Posteriormente, en lo que puede denominarse la última fase, surge una presunción de muerte del desaparecido con la consiguiente apertura de la sucesión en sus bienes, con la salvedad de que se produjera la reaparición de aquel al que se le había reputado fallecido, en cuyo caso deben restituirse con carácter general el conjunto de sus bienes.

Así, el sistema francés recogía por primera vez en la Historia la regulación de la ausencia en un esquema unitario, presidido por la idea de que tal situación de ausencia, por sí sola, no presumía la muerte del desaparecido.

Por lo que respecta a la regulación de la ausencia en el Derecho español debemos advertir que la primera manifestación de un esquema unitario en el tratamiento normativo de tal materia la encontramos en el proyecto de Código civil de 1851. El proyecto español no trata de la posesión sobre los bienes de quien se encuentra en situación de ausencia, al modo francés, sino que directamente se habla de una

presunción de muerte del ausente, estableciéndose desde el primer momento un verdadero sistema de representación y no tan sólo previendo unas medidas de carácter meramente provisional.

Entrando en el análisis de la regulación de la ausencia en el proyecto de 1851 se han observado distintas fases de la misma. En un primer momento se reconocen unas medidas meramente provisionales, por el hecho de la falta de presencia de una persona que se extiende durante un plazo relativamente breve (de cuatro, o bien diez años, desde la desaparición o desde que se tuvieron las últimas noticias), y distingue que se requiere un plazo más largo o más breve en función de que el desaparecido haya dejado designado apoderado o no respectivamente, más breve si el ausente no ha dejado muestras de haberse preocupado por encargar a alguien sus negocios durante el plazo en que esa situación se prolongue. Una vez que haya transcurrido ese plazo es necesario otro periodo de un año para que resulte procedente la incoación de un procedimiento con la finalidad de la declaración de la ausencia. En el tercer y último periodo de la ausencia que recoge nuestro proyecto de 1851 rige una presunción de muerte, para lo que se exige que transcurran plazos amplios para que lleguen a producirse los efectos jurídicos propios que ocasiona el hecho de la muerte.

Esto no fue más que lo que su nombre indica: un proyecto, pero no una verdadera regulación aplicable a los supuestos de ausencia. Hubo que esperar a otras de las normas resultado de la tarea codificadora, como fue la Ley Hipotecaria que consiguió equiparar al representante del ausente con un curador, y por tanto, entendiendo la ausencia como una verdadera causa de incapacitación. Tal ley en materia de inscripción preveía la obligatoriedad de dicha figura para las ejecutorias en las que se declarase la ausencia o la presunción de muerte del desaparecido, o cualquier otra causa que modifique la capacidad civil, considerando por tanto la ausencia como una de las causas de tal naturaleza.

Junto con la Ley Hipotecaria, otra de estas previsiones de la ausencia previas a su efectiva regulación unitaria fue la contenida en la Ley de Matrimonio civil del año 1870, en la que se especificaba que al ausente no podía considerársele fallecido sino cuando hubiera permanecido en tal situación durante un plazo de cien años. Asimismo la Ley de Enjuiciamiento Civil vino a disponer el tratamiento que debía dispensarse en materia de administración de los bienes del ausente en ignorado paradero, ya que hay

que diferenciar entre un periodo anterior de administración de tales bienes y otro posterior que se origina con la presunción de fallecimiento del desaparecido.

El camino a la efectiva regulación unitaria de la ausencia en nuestra legislación española culminó con el Código civil de 1889, en el que se refleja una evidente influencia del sistema francés del que toma su esquema básico, si bien con matizaciones como el hecho del reconocimiento y tratamiento de la presunción de fallecimiento propio del sistema germánico.

El primer defecto que se observó en tal regulación unificada fue la consideración de los plazos establecidos para la declaración de ausencia como excesivos por una razón meramente funcional. A estos efectos debemos decir que no puede dejar de tenerse en cuenta además que esta será la tendencia en el tiempo a pesar de las distintas reformas operadas en este campo, pues es evidente que los plazos se van reduciendo a la luz del desarrollo de nuestra sociedad en cuanto a las tecnologías de la información y la comunicación. Con ello se quiere señalar que cada vez son más rápidas las vías para obtener información de una persona, a todos los niveles, y por tanto también de su localización; ya resultó necesaria una primera revisión de la regulación en este tema operada por la ley de 8 de septiembre de 1939, que había de responder además ante el elevado número de supuestos de ausencia que se habían derivado de la Guerra civil española. Se pretendía con esta reforma hacer útil la institución jurídica de la ausencia, para dar respuesta a las necesidades que derivaban de tales situaciones de incertidumbre en que se encontraba el desaparecido. Por otra parte, la regulación originaria de la ausencia permitía atribuir la representación del ausente a un menor, lo que resultó descabellado; por ello se requirió definitivamente la mayoría de edad para el desempeño de tal función.

En esta línea de modificaciones se distinguió entre la ausencia simple y la que se ha ocasionado como consecuencia de una situación de peligro, denominada cualificada; se habla asimismo de una declaración de fallecimiento (elemento tomado del sistema germánico); e incluso llegan a establecerse las consecuencias que derivan de la situación de ausencia desde una esfera personal, y no tan sólo la prevista hasta el momento (la patrimonial).

La reducción de los plazos (de dos y cinco años, a uno y tres, en la ausencia simple y la cualificada, respectivamente) para que proceda la declaración de ausencia, supuso un cambio considerable en la operatividad de la institución, pues los primitivos plazos de treinta o bien noventa años que se exigían en un principio, para la declaración de fallecimiento acaban transformándose en cinco o diez años, o incluso requiriéndose tan solo el transcurso de dos o tres años, si la ausencia haya sido motivada por una situación de peligro.

Nos hemos planteado asimismo si la regulación en materia de ausencia debe extenderse o no a la totalidad del territorio nacional por la falta de previsión al respecto, de modo que debemos hacer alusión a la regla general recogida por el Código civil de 1889, según la cual se aplica en la totalidad del territorio español el conjunto de sus disposiciones con la salvedad del Título Preliminar y el Título IV del Libro I. Asimismo debe apoyarse esta tesis de aplicabilidad general de la regulación de la ausencia sobre la base de la influencia que esta materia ha tenido y tiene sobre otros aspectos e instituciones recogidas por el mismo Cuerpo legal, sin obviar los factores influyentes de la elevación del número de desapariciones tras la Guerra civil española, así como la posterior evolución e innovación en el campo de la ciencia y la tecnología a la que anteriormente ya hacíamos referencia.

A mayor abundamiento debe advertirse que los derechos forales tan sólo recogen ciertas disposiciones, en las que se trata el tema de la ausencia para dar respuesta a determinadas situaciones que se ocasionan con motivo de la incertidumbre sobre la existencia de una persona desaparecida; ahora bien, tales previsiones son insuficientes para recoger la totalidad de los supuestos que pueden verse en la realidad como consecuencia de la situación de ausencia.

La codificación supuso un gran avance en la regulación de esta materia, si bien no es un sistema carente de defectos, como lo muestra el hecho de las reformas necesarias que se han ido sucediendo en el tiempo. Una de las mayores críticas que pueden verse sobre el originario Código civil es la excesiva extensión de los plazos que debían transcurrir para poder llegar a hablar de declaración de ausencia o, en su caso, fallecimiento ocasionándose con ello un procedimiento más costoso y duradero. Asimismo, en un primer momento los desaparecidos como tal venían tan sólo aludidos en una serie de disposiciones dispersas respecto de los fallecidos en accidentes casuales,

como incendios, hundimientos y naufragios, pero no a través de una regulación unificada, ya que el Código civil no recogió en un primer momento específicamente la distinción entre ausentes y desaparecidos, lo que dificultaba dar solución a problemas planteados en el ámbito del Derecho internacional privado.

Por otra parte, hasta la época de la codificación el concepto de ausenciano está técnicamente definido, sino que tan sólo existen una serie de disposiciones dispersas basadas en la casuística mostrada por la tradición que complicaban el tratamiento de la materia de manera conjunta por parte de la doctrina.

Es en la Edad Media cuando se hace posible un tratamiento unitario de la figura de la ausencia que responda a nuevas situaciones, ya que debido a las guerras y peregrinaciones aumentaron los casos en los que se daba esa circunstancia de la incertidumbre acerca de la existencia de las personas y la complejidad de los mismos, requiriéndose una delimitación más técnica sobre los mismos.

A tales complicaciones se acumuló además la presunción de vida hasta los cien años desde el nacimiento; presunción cuyos orígenes encontramos en Roma y que, posteriormente, fue alentada por los glosadores. Sin embargo en el Medievo se perciben la complejidad de esa presunción de vida extendida a los cien años, de modo que pasa a entenderse que lo que debe regir en realidad es una presunción de muerte, esto es, que el desaparecido no vivirá más años de los cien de edad, no que efectivamente se le reputa vivo durante todo ese tiempo. De ese modo será el juez el que deba pronunciarse sobre cada caso concreto y todo ello sin perjuicio de las medidas que debían adoptarse en relación a la administración de los bienes del desaparecido, a la que eran llamados los parientes más próximos del que se encontraba en dicha situación de ausencia, llegándose a producir por tanto una suerte de sucesión en los mismos bienes.

Los Fueros españoles, vistos en conjunto, recogieron diversas disposiciones sobre la ausencia referidas a aspectos no solo patrimoniales sino también personales. Respecto de los patrimoniales debe advertirse en primer lugar las previsiones en materia hereditaria entre hermanos recogida por el Fuero General de Navarra, según el cual se establece diversa casuística en función de que el hermano ausente regrese o no lo haga en el plazo límite fijado de un año y un día, o bien, en el supuesto de que haya fallecido; de modo que se permite que los hermanos procedan a la partición entre sí respetando la

parte del ausente. Ahora bien, podía ocurrir que al regresar en el plazo del año y un día el ausente mostrase su conformidad con la partición, con lo que la cuestión quedaría definitivamente resuelta; si por el contrario mostraba su desacuerdo era necesaria una nueva partición. Por último, podía asimismo ocurrir que el ausente no regresara en ese plazo previsto, de modo que su parte se adjudicaba a alguno de los hermanos, salvo el caso en que el ausente hubiera fallecido, en el que se establecen una serie de reglas relativas a la adjudicación de su parte correspondiente.

Asimismo los juristas medievales se llegaron a plantear la situación en la que quedan los acreedores del deudor ausente. Los Fueros ante estas situaciones diferencian según la causa que haya motivado la situación de ausencia. En primer lugar ante esa situación de ausencia se requiere una declaración jurada de que el ausente no ha ocasionado voluntariamente esta situación por miedo ante el acreedor, concediéndosele una esperanza de regreso, pero si no lo hace y la deuda no es aceptada por nadie entonces la cuestión debe ser objeto de juicio.

A continuación había que distinguir entre aquellos supuestos en los que la ausencia se hubiera ocasionado por salir en campaña o de caza, pues el plazo fijado como límite para la vuelta del ausente era la fecha de regreso de sus compañeros, en el primer supuesto; en caso de caza era necesario un juramento de la mujer del ausente en el que hiciera constar que no enviaba provisiones a éste, con lo que se trataba de forzar la vuelta del ausente que quizás se hubiera puesto en dicha situación de manera voluntaria para, con ello, evitar a sus acreedores.

Por último, en el supuesto de que el ausente lo fuera por razón de cautiverio y que se acreditara su muerte, debía la mujer o cualquier persona que tuviera posesión de sus bienes hacer frente a las deudas en favor de los acreedores. Ahora bien, si la ausencia viniera motivada por esta causa se disponía la prohibición de embargo sobre sus bienes durante el plazo de su ausencia y asimismo hasta diez días tras su vuelta.

Los Fueros establecieron además la medida de la confiscación sobre los bienes de aquellos que hubieran huido del Reino para unirse a filas enemigas o de aquellos que, con su conducta, pusieran en peligro la estabilidad del mismo. Otra de las previsiones que establecieron los Fueros respecto de la esfera patrimonial, en torno a los

bienes del ausente, fue la de disponer unas medidas para la administración de los mismos.

Las Partidas en un primer momento recogían esa medida de administración de bienes para el caso de un ausente por cautiverio, extendiéndose posteriormente a los demás casos de ausencia que venían motivados por las causas más dispares, teniendo todos ellos en común la existencia de incertidumbre acerca de la vida de un sujeto. Esta medida se reducía simplemente a una administración, sin que pudiera ser considerada como la apertura de una sucesión en sentido estricto.

Pues bien, el Derecho foral aragonés fue más allá y llegó a contemplar tal administración como una especie de sucesión anticipada, pues quienes se hacían cargo de esa mencionada labor eran los parientes más próximos del ausente, aunque con reconocimiento de características propias que hacen que se siga considerando tan sólo una guarda. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo a lo largo del Siglo XIX, pues consideraba esta administración que recaía sobre los bienes del ausente como una especie de guarda, aunque con ciertos matices de carácter sucesorio.

Se trataba en definitiva de conseguir una efectiva protección respecto de los bienes del ausente, siguiendo un principio de presunción de vida al estilo de la presunción que predominaba en la esfera personal, llegando a establecerse por los autores los medios válidos admitidos para acreditar la certeza de su muerte. La exigencia de rigor de la prueba del fallecimiento del ausente era mayor cuanto más graves eran las consecuencias que derivaran de la situación de ausencia concreta de que se tratara.

Como decíamos, con la única pretensión de proteger los bienes del ausente surge la necesidad de nombrar un curador para tal función, sobre el que recaen dos obligaciones; en primer lugar hacer inventario de tales bienes sobre los que tiene facultades de administración atribuidas, y en segundo lugar la de conservarlos.

Con carácter general, el nombramiento de administrador recaía sobre la mujer del ausente en el territorio de Aragón, sin embargo no se seguía esta regla en Castilla, la cual necesitaba la autorización de su esposo para poder desempeñar tales funciones de curatela respecto de los bienes de su marido ausente, pudiendo suplir tal licencia marital por la autorización del juez. Las Leyes de Toro prevén otro mecanismo de concesión de



validez a los actos de administración realizados por parte de la mujer del ausente y sin habersele concedido la correspondiente autorización marital, ese era el de la posterior ratificación de tales actos por parte del mismo ausente a su regreso. Finalmente el Ordenamiento de Alcalá recogió la posibilidad de la contratación entre los ausentes, sin posibilidad de alegar tal ausencia como causa de excepción al cumplimiento del contrato.

Por otro lado distinto del puramente patrimonial, deben advertirse una serie de previsiones que fueron igualmente recogidas por el Derecho histórico español y que versaban sobre los aspectos procesales. En un principio se dispuso una limitación a la capacidad de la mujer del ausente, pues se prohibía que lo pudiera representar en juicio. En cuanto a la citación, ésta podría realizarse de diversas maneras: de manera privada, de oficio –judicialmente- o bien ante asamblea reunida. Los plazos marcados para la citación variaban en función de la relevancia del hecho delictivo y de la circunstancia de presencia o ausencia del acusado. Ya en aquellos tiempos se trataba de asegurar la comparecencia del demandado, de modo que su incomparecencia era sancionada con pena pecuniaria. Por tanto se establecía una obligación de comparecencia para la que se preveían distintos plazos en función del modo en que se le hubiera citado, así si se le había citado fuera de la ciudad era necesaria la concesión de un mayor plazo para asegurar su presencia en el lugar requerido.

Las ausencias ocasionadas por causas específicas, como las peregrinaciones, eran tratadas de manera más beneficiosa para quien se encontraba en tal situación, pues se le reconocían ciertos privilegios como la libertad de movimientos y circulación así como exenciones fiscales y otra serie de previsiones, como la prohibición general de llevar acabo el embargo sobre la totalidad de sus bienes con el fin de asegurar su regreso, llegando incluso a equiparar al peregrino con el mercader para la salvaguarda de su patrimonio. Ese trato favorable se reconoce asimismo en favor del ausente por motivo de cautiverio estableciéndose en los Fueros disposiciones específicas en materia de derecho sucesorio, con especial atención a los peregrinos y cautivos de guerra.

En cuanto a otro aspecto, también afectado por las consecuencias que derivan de la falta de presencia de un sujeto, el personal y en concreto la materia del matrimonio, se constituyó una doctrina pontificia mediante las Decretales de Lucio III y Clemente III, por las que se disponía que no era posible que la mujer del ausente contrajera nuevo

matrimonio en tanto no quedara acreditada de manera fehaciente la muerte del mismo; ahora bien la segunda de tales Decretales establecía que transcurridos siete años desde ocurrida la ausencia, si la mujer mostraba su pretensión de contraer nuevo matrimonio, era igualmente necesaria la prueba de tal fallecimiento de una manera certera. Estas previsiones, que constituyeron la base canónica de la materia, fueron posteriormente recogidas por las Decretales de Gregorio IX y seguida por los glosadores.

Ahora bien, la glosa a la primera Decretal dispone que si se prueba la existencia del ausente no será válido el segundo matrimonio contraído por la esposa durante la ausencia del marido, sin embargo otorga plena validez a ese contrato hasta que se acredite tal prueba. En esta misma línea se pronuncia la glosa a la segunda de las citadas Decretales, pues aunque persiste en la invalidez del segundo matrimonio mientras no conste la muerte del ausente reduce las exigencias y los requisitos para la prueba del fallecimiento, admitiendo las meras presunciones.

Esta tendencia fue seguida posteriormente en el Concilio de Trento delimitando los criterios que eran admitidos para adquirir certeza respecto de la muerte del ausente y asimismo estableciendo la obligatoriedad de obtener la correspondiente licencia eclesiástica para poder llegar a contraer el nuevo matrimonio. Evoluciona de tal manera el tratamiento de los requisitos exigidos para acreditar tal muerte que se tienen en cuenta incluso circunstancias personales del mismo, como la conducta moral y familiar del desaparecido, tal como reconoció la Instrucción *Cum Alias* de Clemente X en el Siglo XVII. Tal andadura continúa con la Instrucción *Ingestesbellosumclades* del Siglo XIX en la que para adquirir tal certeza de fallecimiento bastaba con una serie de declaraciones que individualmente consideradas no probarían tal hecho, pero que en su conjunto sirven a tales efectos. Ante esta multiplicidad de previsiones que permiten poner en tela de juicio la validez del matrimonio contraído por la mujer del ausente surge una disposición específica en la materia en el año 1868, la Instrucción *Matrimonii vinculo* mediante la que se exige adquirir certeza moral respecto del suceso de la muerte del ausente, para con ello admitir consecuentemente la validez de las segundas nupcias de la mujer.

En nuestro análisis histórico, cronológicamente invertido, que venimos mostrando en este trabajo y continuando con el estudio del Derecho visigodo, debemos señalar que no se recoge en este momento por parte del mismo un sistema que

represente la ausencia de modo unitario, sino a través de disposiciones dispersas –al estilo del Derecho romano-, que versan sobre ciertos efectos ocasionados como consecuencia de la situación en que se encuentra aquél de cuya existencia se duda.

El sistema de la ausencia recogido por los visigodos viene presidido en su cúspide por la presunción de vida del ausente mientras no se pruebe su muerte, si bien surgió con posterioridad una regla relativa al plazo necesario que debía transcurrir para presumir la muerte del ausente; esto fue previsto por el Edicto de Liutprando del año 720, siendo la primera disposición que preveía históricamente un plazo necesario para regular uno de los efectos que podían derivarse de una situación de ausencia. Teniendo tal disposición la intención de una aplicabilidad general y con una finalidad meramente sancionadora, pues transcurridos tres años en esa situación de ausencia si no acreditaba el desaparecido justa causa de esta circunstancia perdía el dominio de sus bienes. Era por tanto más una finalidad sancionadora la buscada que realmente la salvaguarda del patrimonio del ausente. En concordancia con esta previsión se manifiesta el resto del Derecho germánico en materia patrimonial, ya que se admite la posibilidad de alegar la prescripción adquisitiva por parte de los terceros que han tomado posesión sobre los bienes del ausente, tratándose en definitiva de mantener las situaciones patrimoniales que fueron creadas durante la ausencia sobre el fundamento de la presunción de vida del desaparecido.

Por lo que se refiere al aspecto personal, en concreto la posibilidad para el cónyuge del ausente de contraer nuevas nupcias, en un principio se adoptó por el Derecho germánico la regla general de admisibilidad del divorcio, para más tarde llegar a un criterio restrictivo más asimilado al Derecho justiniano, sin poder obviarse en esta época una fuerte influencia de la corriente católica presidida por el principio de la indisolubilidad del matrimonio lo que vino a frenar la práctica libertad existente para contraer tales nuevas nupcias por parte del cónyuge del ausente.

En este sentido son de destacar históricamente, por su gran influencia en este aspecto, las Cartas Pontificias de Inocencio I y de León I las cuales quedaron posteriormente incorporadas al Decreto de Graciano, sirviendo de base posteriormente a los decretistas.

Para terminar debemos reseñar que el Derecho visigodo puede parecer una prolongación del Derecho romano en esta materia, sin embargo no es cierto del todo ya que no podemos olvidar la marcada influencia del elemento religioso de la época, dando origen a la idea general de consideración de la ausencia como una presunción de muerte que posteriormente se ha arraigado en la historia jurídica de España.

Si bien en un principio surgen previsiones dispersas sobre esta situación de ausencia sin mostrar un cuerpo único, posteriormente surgirá tal necesidad como consecuencia de la multiplicidad de circunstancias que surgen de la misma, debido a la imposibilidad del ejercicio de acciones y gestión de las relaciones jurídicas del impedido para actuar por su falta de presencia en el lugar requerido.

## CAPÍTULO TERCERO: ¿AUSENTES EN ROMA?

### I. *ABSENTIA*

#### A. El origen de un término

La palabra española “ausencia” deriva de la latina *absentia*, sustantivo derivado del participio *absens*, del verbo *abesse*, que significa estar lejos; de modo que *absentia* es la situación o cualidad del que está lejos<sup>338</sup>. Sin embargo, el sentido coloquial de ausencia nada tiene que ver con el verdadero significado de la palabra en el ámbito de la ciencia jurídica. Pensemos que en la primera vertiente el significante “ausencia” se referiría tan sólo a la situación en que se encuentra la persona que vive separada de otra, o bien de un lugar, y en concreto, del lugar en el que reside; es decir, que no se encuentre en tiempo y lugar determinados. En el sentido jurídico del término, como hemos visto, se requieren además otras condiciones para su correcta determinación legal, generando con ello determinados efectos<sup>339</sup>. Desde esta segunda perspectiva, la jurídica, la ausencia puede entenderse como la situación jurídica propia de quien se encuentra fuera de su domicilio, sin conocimiento de su paradero, dudándose incluso de si está vivo o muerto<sup>340</sup>; de modo que concurren la circunstancia de desconocimiento de su paradero, falta de noticias acerca de esa persona y además incertidumbre acerca de su propia existencia<sup>341</sup>.

La Real Academia Española, atendiendo a la multiplicidad de sentidos del término, define la ausencia, derivada del término *absentia*, como “1. f. Acción y efecto de ausentarse o de estar ausente. 2. f. Tiempo en que alguien está ausente. 3. f. Falta o privación de algo. 4. f. Der. Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora. 5. f.

---

<sup>338</sup> T. OGAYAR Y AYLLÓN, *La ausencia* cit. pp. 3 ss.; P.G.W. GLARE, *Oxford latindictionary* (Oxford 2012) pp. ss.

<sup>339</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano* (Madrid 2008) pp. 46 ss.

<sup>340</sup> J. ZLINSZKY, *Zur Frage der Verschollenheit im römischen Recht*, en *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* 8 (1960) pp. 95 ss. Vide D. 23,2,10 (Paul. 35 ad. ed.)

<sup>341</sup> Vide C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español* (Valladolid 1909) pp. 304 ss. Por tales características es fundamental diferenciar entre varios conceptos, como son el de desaparecido, el ausente y el no presente. En las dos primeras situaciones el sujeto se encuentra fuera de su domicilio, pero en la ausencia hay una evidente incertidumbre sobre su vida, mientras que en la desaparición existe, podemos decir, una posible incertidumbre respecto de la muerte de la persona en tal situación. Por último, el no presente está, simplemente, lejos de su domicilio, pero respecto del mismo no recae ningún tipo de incertidumbre sobre su vida o su muerte.

Med. Supresión brusca, aunque pasajera, de la conciencia.6. f. Psicol. Distracción del ánimo respecto de la situación o acción en que se encuentra el sujeto”<sup>342</sup>.

A nuestro modo de ver, entre esas acepciones no se incluye la ausencia del puesto de trabajo, que daría lugar al llamado absentismo laboral<sup>343</sup>, o del centro educativo, que desemboca en el problema social del absentismo escolar. También se relaciona con la falta de presencia del militar en su destino, lo que será tratado separadamente. La complejidad de estas situaciones se percibe de nuevo en un ámbito muy específico como es el militar, en sede de responsabilidades derivadas del incumplimiento del deber de presencia que recae sobre la persona que tenga tal condición de militar, por el mero hecho de serlo. En este ámbito concreto se derivan consecuencias sancionadoras en el ámbito interno disciplinario con la simple conducta de ausencias injustificadas en actos de servicio, pudiendo derivar incluso en una infracción más grave si tal ausencia se prolongara durante un plazo de tiempo marcado por la ley, más extenso que en el caso de una simple falta leve, siendo este de veinticuatro horas a tres días. Tal conducta podría llegar incluso a ser constitutiva de una infracción penal y no sólo de carácter disciplinario, dando origen a un delito de abandono de destino o residencia, el cual se configura como un delito de omisión<sup>344</sup>.

Con todo lo anterior queremos poner de manifiesto la dificultad que se presenta a la hora de definir la ausencia, que se muestra en toda su crudeza como *crux iuris studiorum*, por la diversidad de ámbitos en los que esta fenomenología se ha ido manifestando desde antes del Derecho romano y hasta nuestros días. Entendemos que para encontrar el verdadero sentido de la institución objeto de nuestro estudio debemos

---

<sup>342</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed. (Madrid 2014)

<sup>343</sup> Vide P. NOVA MELLE, *El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales* 9 (1996) pp. 229 ss.; J. BOADA I GRAU-R. DE DIEGO VALLEJO-E. AGULLÓ TOMÁS-M.A. MAÑAS RODRÍGUEZ, *El absentismo laboral como consecuente de variables organizacionales*, en *Psicothema* 17 (2005) pp. 212 ss. El término absentismo deriva del vocablo latino *absens*, aplicándose el mismo en un principio a los propietarios de una tierra que no tenían su residencia en aquel lugar. Posteriormente, a partir de la era industrial, se ha aplicado tal término a los trabajadores que faltan a su trabajo, es decir, la suma de periodos en que los empleados de una organización no están en su puesto de trabajo.

<sup>344</sup> Vide J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, en *REDM.* 77 (2001) pp. 445 ss. Se trata de un delito de omisión ya que, si bien el núcleo del hecho está constituido por la ausencia, la base se encuentra en la omisión del deber de presencia exigible, la no presencia en la Unidad, destino o lugar de residencia del sujeto obligado a ello.

acudir a sus orígenes en el Derecho romano, que es la referencia del nuestro por encima de otros Derechos antiguos.

## **B. La ausencia en Roma**

En el Derecho de la antigua Mesopotamia, concretamente en el Código de Hammurabi<sup>345</sup> y en las Leyes de Eshnunna<sup>346</sup>, se hace referencia a la figura de la ausencia y a algunos de los efectos que la misma ocasiona en los diversos campos, especialmente en el familiar y el patrimonial.

Comencemos por el estudio de la primera de esas esferas, la familiar. El Código de Hammurabi establecía ciertas disposiciones en esta línea. Por ejemplo, si el hombre hubiese sido hecho prisionero, pero hubiese dejado a la mujer medios suficientes para su manutención, la mujer no podría contraer nuevo matrimonio, bajo pena de muerte. Ahora bien, si el marido prisionero no hubiese dejado a la mujer medios para mantenerse, ésta podría contraer nuevas nupcias, volviendo con él si regresaba salvo que el hombre hubiese huido por causa de guerra<sup>347</sup>.

Las leyes de Eshnunna recogen un par de disposiciones en este sentido relativo al mantenimiento o no del vínculo entre los cónyuges, en el caso de nuevas nupcias de la mujer durante la ausencia de su esposo. De modo que el marido fugitivo no tendrá el derecho de reclamar su esposa en el momento de su regreso; si por el contrario, no ha

---

<sup>345</sup> Sobre el valor como referencia histórica del Código de Hammurabi, vide H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México 1979) pp. 111 ss.; F. LARA PEINAD-F. LARA GONZÁLEZ, *Los primeros Códigos de la humanidad* (Madrid 1994) pp. 34 ss.

<sup>346</sup> Las leyes de Eshnunna se hallan compiladas en más de cincuenta artículos redactadas en acadio y se atribuyen sin completa seguridad a los reyes Bilalama o Dadusha; contienen una tarifa de precios de productos como la cebada, el aceite, la madera, la sal o el cobre, y disposiciones de alquileres, salarios, préstamos, esclavos, familia, propiedad y ofensas físicas. Parece una recopilación en la que la composición legal sirve de fundamento del derecho penal, reduciéndose las sanciones basadas en la Ley del Talió. Vide C. G. WAGNER, *Historia del cercano Oriente* (Salamanca 1999) pp. 135 ss.

<sup>347</sup> Vide J. KLIMA, *Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia* (Madrid 2007) pp. 192 ss.

sido un traidor, sino que ha sido hecho prisionero, tendrá aún derecho sobre su esposa<sup>348</sup>.

En el otro ámbito, el patrimonial, también se recogían ciertas especificidades relacionadas con la ausencia, especialmente del soldado, que mantenía la propiedad de los bienes que detentaba en el momento anterior a su desaparición, sin perjuicio de ciertas peculiaridades. Así, si un soldado es enviado al exterior o es hecho prisionero podrá encomendar sus huertos y tierras a otra persona para su gestión hasta el momento de su regreso, en el que recobrará todas sus propiedades. Si fuese capaz, la gestión del patrimonio del prisionero se encomendará a su hijo, si lo tuviere, considerando el Código de Hammurabi que es capaz el hijo mayor; en caso de ser menor, un tercio del campo y de la huerta se atribuiría a la madre, quien se encargaría de educar al hijo<sup>349</sup>. Ahora bien, si el oficial o soldado ha descuidado su campo, su huerta y su casa, y otro se ha hecho cargo de la gestión de tales bienes, entonces tendrá sólo tres años para recuperar sus propiedades.

Para analizar la idea de ausencia en Roma debemos partir de una distinción básica entre la incomparecencia procesal, que da lugar a una modalidad muy específica de ausencia, y la ausencia en sentido general. No en vano, la única definición técnica de ausencia con la que contamos, se refiere al ámbito del proceso:

D. 50,16,199pr. (Ulp. 8 de onm. trib.): *Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus: et si forte extra continentia urbis sit, abest. Ceterumque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet.*

Para entender este concepto de ausente dado por Ulpiano, debemos partir de la consideración que hace el autor de la ausencia en relación con el ámbito procedimental en el pasaje transcrito, pues el mismo se extrae de una obra dedicada exclusivamente a la organización de los Tribunales. Se trata, en definitiva, de considerar ausente a aquél

---

<sup>348</sup> Leyes 29 y 30 de las de Eshnunna señalan que si un hombre odia a su pueblo y señor y se hace fugitivo, y durante su ausencia otro hombre toma a su esposa, no tendrá derecho a volver a su regreso; ahora bien, si un hombre había sido hecho prisionero durante un ataque o una invasión, o bien ha sido llevado por la fuerza y permanece en un país extranjero por largo tiempo, y otro hombre ha tomado a su esposa, si esta última tiene un hijo al regreso del prisionero, éste tendrá derecho a reclamarla.

<sup>349</sup> Vide C. G. WAGNER, *Historia del cercano* cit. pp. 153 ss.; P. DE SOUZA, *La guerra en el mundo antiguo* (Madrid 2008) pp. 53 ss.; B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. pp. 143 ss.



que no se encuentra en el lugar en el que se le reclama, bien porque está fuera de la ciudad o bien porque se escondió dentro de la propia ciudad, con el único fin de evitar la comparecencia en el proceso; y es que tal incomparecencia puede ocasionar consecuencias negativas al propio proceso, llegando incluso a ser causa para acordar sususpensión. Es por ello que se pueden adoptar distintas medidas ante tal situación de ausencia, por ejemplo la ejecución de los bienes del demandado ausente como medida de presión para conseguir su comparecencia<sup>350</sup>.

Como vemos, Ulpiano alude a la ausencia como término opuesto al de presencia, de modo que considera ausente al que “no está en el lugar en que se le reclama”, lo que muestra la particular incidencia de la ausencia en el ámbito procesal, en el que desarrolla una particular casuística como sinónimo de incomparecencia.

Este concepto de ausencia, que podemos denominar procesal, es distinto del de ausencia en sentido técnico-jurídico. Muestra de ello es lo que resulta del texto del mismo autor:

D. 50,16,199,1 (*Ulp. 8 De omn. Trib.*) *Abesse non videtur, qui ad hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.*

De lo expuesto hasta ahora resulta que la ausencia procesal podría identificarse con el supuesto de la rebeldía en sede del proceso, del que Ulpiano excluye a los cautivos de guerra, en concordancia con la especial protección que se les presta en virtud del *ius postliminii*. La ausencia física que obviamente afecta al prisionero de guerra no es ausencia procesal, al entenderse que el cautiverio justifica la incomparecencia. Ello no quiere decir, como veremos, que el prisionero de guerra no pueda ser considerado un ausente en términos sustantivos.

---

<sup>350</sup> Señala B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. pp. 29 ss., que “De este modo a quien es *in iusvocatus* le resulta más gravoso ignorar la citación que asumir los riesgos de una condena en contra”.

## 1. Ausencia y proceso civil

Como es sabido, en el ámbito del *ordo iudiciorum privatorum* si el demandado no se presenta *in iure* deviene *indefensus*, pudiendo ocasionarse la paralización del proceso. Por esa razón fueron surgiendo diversos mecanismos para evitar esa consecuencia que convertía al proceso en un instrumento inútil si las partes no colaboraban en su buena marcha. Entre éstos estaría la consideración de la *indefensio* como equivalente a una *confessio* en las acciones de carácter real o la ejecución sobre los bienes del demandado que no comparece<sup>351</sup>.

En la última época de la República, a finales del Siglo I a.C., las acciones de la ley empiezan a ser definitivamente sustituidas por el procedimiento formulario, que pasa a reconocerse como la forma ordinaria de tramitación de los litigios en el ámbito privado. Es en el año 17 a.C. cuando se abandonan *de facto* las acciones de ley, pues se da fuerza y legitimidad a los procedimientos tramitados *per formulas*, merceda la *lex Iulia iudiciorumprivatorum*; ello dio lugar a que se estableciera el procedimiento formulario como el ordinario para la tramitación de las controversias de Derecho privado. Así, se pasa de un procedimiento en el que es necesario el empleo de ciertas palabras solemnes ante el magistrado, el de las acciones de la ley, a otro basado en el empleo de fórmulas escritas. Otro de los avances mostrados por este nuevo procedimiento fue el de conceder a los magistrados una mayor flexibilidad en su actuación, ya que era posible acomodar la fórmula concreta a las particularidades del caso planteado, llegando incluso a regular situaciones que no habían sido protegidas hasta ese momento. Es por ello que el procedimiento formulario, a través del edicto, fue ganando terreno a las acciones de la ley<sup>352</sup>.

Centrémonos pues en el análisis de este último procedimiento señalado y la importancia de la comparecencia de una de las partes en los diversos trámites del mismo. La citación realizada por el demandante constituye el acto que inicia la tramitación de la acción procesal en el procedimiento formulario. Si bien la citación era considerada un acto de realización privada, el Derecho pretorio le imprimió cierto

---

<sup>351</sup> Sobre este punto se pronuncia extensamente J. L. MURGA, *Derecho romano clásico II: El proceso* (Zaragoza 1983) pp. 367 ss.

<sup>352</sup> G. PLUGIESE, *Processo civile romano II, Il processo formulare* (Milán 1963) pp. 58 ss.

carácter publicístico, pasando a ser necesaria la regulación tanto de la manera en que debe realizarse tal citación, como de las medidas a adoptar contra el demandado en caso de no comparecer ante el magistrado, pues la presencia de ambas partes *in iure* era necesaria en el procedimiento formulario para que pudiera darse comienzo al mismo<sup>353</sup>.

La citación en este momento significaba una efectiva comunicación al demandado de la intención de litigar por parte del actor, el cual trataba de emplazar al primero para su comparecencia en juicio. En este procedimiento -el formulario- se introducen determinadas especificidades con respecto al anterior, pues el demandante debe indicar lo que reclama a aquél a quien demanda y las pruebas que aducirá contra él. Otra de las peculiaridades de la comparecencia en las acciones formularias era que la misma dejaba de ser una conducta exigible de manera inmediata al demandado; era posible un aplazamiento de la comparecencia en el supuesto de que interviniera un tercero (*vindex*) de reconocida solvencia asegurando la presencia del demandado, idea que parece mantenerse en el procedimiento formulario. Si el demandado acudía al acto, podía optar por diversas posibilidades: podía oponerse a la pretensión del actor, con lo que el proceso seguiría adelante; podía allanarse, lo que conlleva considerar fundada la petición del actor o el demandado podía optar por no defenderse aun estando presente, dando lugar a la *indefensio*<sup>354</sup>.

Otro mecanismo que surge, en una época avanzada de la República, para garantizar la comparecencia del demandado es la práctica procesal de la promesa estipulatoria de comparecencia (*vadimonium*), que prestaba el propio demandado y aseguraba a través de fiadores, de lo que se deriva la obligatoriedad del pago de la cantidad prometida en concepto de pena como consecuencia de la incomparecencia el día convenido, salvo que concurriera alguna causa justificativa de tal ausencia<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> A. GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano* (Santiago de Compostela 1984) pp. 139 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO-J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano* (Madrid 1993) pp. 45 ss.

<sup>354</sup> J.L. MURGA, *Derecho romano clásico II. El proceso* (Zaragoza 1989) pp. 34 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pp. 89 ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* (Padova 1999) pp. 60 ss.

<sup>355</sup> A. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona 1997) pp. 303 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones* (Madrid 2000) pp. 300 ss.

Los deberes de comparecer y de colaborar en la tramitación ordinaria del proceso ante el magistrado alcanzaron tanto a la acciones reales como a la personales, si bien tratándose de acciones reales, la consecuencia de la falta de presencia del demandado no era el embargo de su patrimonio, sino que se trataba de adoptar una medida que recayera directamente en el inmueble o la herencia sobre los que versaba la acción, otorgando al demandante el interdicto oportuno para que tomase posesión del mismo<sup>356</sup>. Sin embargo, si la acción era de carácter real pero recaía sobre un bien mueble y el demandado no compareciese ni se aviniera a poner la cosa a disposición del demandante, el actor debía ejercitar la acción exhibitoria, *actio ad exhibendum*, que origina en su caso el embargo del patrimonio del ausente<sup>357</sup>.

Al tratar la importancia de la presencia y colaboración de las partes, que caracteriza al procedimiento formulario, hay que hacer referencia a la *litis contestatio*.

La fase *in iure* finaliza mediante el decreto del pretor, a través del cual se fijan la acción y la fórmula. Seguidamente tal fórmula se escribe en unas tablillas asegurando su contenido con el sello de los testigos; es por ello que a esta fase se la denomina atestiguamiento del litigio o *litiscontestatio*.

Fijada la fórmula, ésta no puede ser alterada por el actor, así como el demandado tampoco puede introducir nuevas excepciones ni rehusar la aceptación del juicio; de modo que conforme a tal fórmula el juez juzgará y dictará sentencia.

---

<sup>356</sup> Las fórmulas del *vadimonium* eran diferentes en función de que se tratara de una acción real o personal. En el primero de los casos la fórmula empleada era: *Quod ego a te illam rem peto obeam rem te illo die ille loco sisti, et nisis teterisse tertium quinquaginta familia da respondesne? Spondeo*; tratándose de una acción personal la fórmula empleada era la que sigue: *Quod ego tecum iudicati agere volo, obeam rem te illo die illo loco sisti, et nisis teteris, quantiea res erit, tantam pecuniam da respondesne? Spondeo*. De modo que mientras que en las acciones reales la promesa implicaba el pago de una cantidad de dinero como pena que conlleva la incomparecencia, que usualmente ascendía a la mitad del valor reclamado, en el segundo caso, el de las acciones personales, el valor ascendía a la totalidad de la condena o del pago del fiador, y en caso de que dicha cantidad no estuviera fijada, habría que ponderar el *interesse* del legitimado activamente en la comparecencia de la otra parte (el legitimado pasivamente).

Por otra parte, cuando el demandado comparece ante el pretor debe prestar otra garantía, la *cautio iudicatum solvi*, por la que asegura su futura comparecencia en el juicio, y asimismo que se defenderá sin dolo y que cumplirá la eventual condena. De modo que si no presta alguna de estas garantías el pretor podría dictar una *misio in possessionem* en su contra a favor del demandante. Vide A. FRIEDRICH RUDORFF, *Edicti Perpetui quae reliquasunt* (Lipsiae 1869) pp. 245 ss.; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig 1927) pp. 515 ss.

<sup>357</sup> M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 26 (1957) pp. 177 ss.; J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en Derecho clásico*, en *SDHI*. 26 (1960) pp. 190 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano* (Nápoles 1984) pp. 593 ss.; M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Viena 1986) pp. 226 ss.

Con la *Litis contestatio* se ocasionan una serie de consecuencias, y es que a partir de ese momento cuando queda fijado el objeto del juicio sobre el que se pronunciará el juez, prohibiéndose asimismo la venta de dicho objeto, así como las posiciones jurídicas de los litigantes. En otro orden de cosas, mediante la *litis contestatio* las acciones que se encontraban sujetas a caducidad se convierten en perpetuas y las que eran intransmisibles a los herederos ahora se hacen susceptibles de tal transmisión, pudiendo en consecuencia los herederos continuar el juicio iniciado por su causante<sup>358</sup>.

Aunque el procedimiento formulario se extendió por todas las provincias, su expansión no tuvo el mismo alcance en todas ellas, con especial influencia en los territorios occidentales, que fueron los más afectados por la romanización. Pronto llegó a las provincias la decadencia de este tipo de procedimiento, considerándose inaplicable en la práctica a mediados del s. II d.C., pasando consecuentemente a generalizarse la *cognitio extra ordinem*. Por otra parte, la tramitación procesal de determinados asuntos no sería la ordinaria, propia del procedimiento formulario, sino la extraordinaria. El procedimiento formulario estuvo formalmente en vigor hasta el 342.

En la *cognitio extra ordinem* se elimina la tradicional división del procedimiento en dos fases, es el funcionario imperial que lo preside quien conoce la controversia y calibra la prueba de los hechos, mezclándose las funciones jurisdiccionales con las judiciales. Pero los cambios no quedan ahí: en este nuevo procedimiento, la citación por parte del actor al demandado se hace por escrito, la denominada *Litis denuntiatio*, que era o bien autorizada por el magistrado o bien remitida a su domicilio por un funcionario, lo que muestra ya la carga pública de este trámite frente la citación privada del procedimiento formulario. En caso de que el demandado se encontrase ausente o no tuviese domicilio conocido, se procedía a fijar

---

<sup>358</sup> Con la *litiscontestatio* la acción queda ya agotada, esto quiere decir que el actor no puede volver a ejercitarla posteriormente en el mismo supuesto y contra el mismo demandado; ahora bien, este efecto es diferente en función del tipo de acción de que se trate, pues se produce de manera plena en las acciones personales, ya que con la *litis contestatio* desaparece la obligación que recaía sobre el deudor, surgiendo por otro lado a su costa la obligación de pagar la eventual condena; es por ello que si actor pide de nuevo la acción quedaría desestimada por el pretor ya que ha desaparecido la obligación que recaía anteriormente sobre el demandado. Tratándose de acciones *in factum* y acciones reales, si el demandante pide la acción puede el pretor concederla, siendo necesario que el demandado introduzca en la propia fórmula la excepción de cosa juzgada, *exceptio rei iudicata vel in iudicium deductae*, debiendo dilucidar el juez si se trata del mismo caso o de otro diferente.

un edicto con el emplazamiento en la sede del tribunal. Dicha citación debía inscribirse en un Registro Público, según estableció Constantino en el año 322<sup>359</sup>.

A partir del Siglo IV d.C. se generaliza la tramitación del procedimiento por escrito. El actor debe presentar un escrito de demanda ante el órgano judicial, del que se dará traslado al demandado, concediéndosele a éste un plazo para que lo conteste - también por escrito- dirigiéndoselo al órgano judicial, siendo posteriormente emplazadas ambas partes para comparecer ante el mismo órgano judicial.

La efectiva notificación de la citación es un requisito esencial para que el proceso se desarrolle válidamente. Desde la *cognitio extra ordinem* se regularon los requisitos para que el demandado pudiera ser declarado contumaz e iniciarse el procedimiento en su ausencia, debido a la imposibilidad de su localización. En este procedimiento *extra ordinem*, caracterizado por atribuir al magistrado una postura especialmente relevante en detrimento de las partes, se llegó a desarrollar incluso un procedimiento extraordinario para demandados contumaces, de manera que el procedimiento no se paraliza por la falta de colaboración de demandante y demandado<sup>360</sup>.

En nuestro Derecho vigente se prevé asimismo la forma de actuar ante la incomparecencia en un proceso civil por parte del demandado, ya que es necesaria su regulación en aras de evitar una dilación indebida del procedimiento de la que podría beneficiarse una de las partes, en concreto, la que podría verse afectada negativamente como consecuencia del proceso.

---

<sup>359</sup> S. DI PAOLA, *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania* 2 (1947-1948) pp. 253 ss.; A. BISCARDI, *Su la litis contestatio du procès criminel*, en *RIDA*.7 (1960) pp. 307 ss.; M. KASER, *Gli inizi della "cognitio extra ordinem"* (Nápoles 1976) pp. 501 ss.; R. ORESTANO, *La cognitio extra ordinem-una chimera*, en *SDHI*.46 (1980) pp. 236 ss.; W. TURPIN, *Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem*, en *RIDA*.46 (1999) pp. 499 ss.; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (Pamplona 2004) pp. 67 ss.

<sup>360</sup> L. ARU Y R. ORESTANO, *Sinopsis de Derecho romano* (Madrid 1964) pp. 76 ss. Fue en época justiniana cuando se dispuso que a ese escrito de citación al demandado, *libellus conventionis*, debiera contestar éste exponiendo los argumentos contrarios a la reclamación del demandante o, en su caso, allanándose a su petición, mediante el *libellus contradictorius*. Posteriormente, el juez fijaba un día para la comparecencia, la cual garantizaba el demandado mediante caución (*cautio iudicis*). Era también posible que el demandado no se personara, con lo que el proceso, ahora contumacial, se tramitaba en su ausencia, pudiendo dictarse una sentencia a su favor o en su contra. En este procedimiento, al igual que ocurría en el formulario, se prevé que la incomparecencia motive que la sentencia que se dicte sea favorable al demandante; ahora bien, en el Derecho justiniano se prevé que, en todo caso, el demandante debe probar sus pretensiones.

La institución de la rebeldía venía regulada en la historia del Derecho español, pasando a la Novísima Recopilación, y en la Era Moderna a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la posterior de 1881, y la actual de 2000<sup>361</sup>. La rebeldía deriva de la posición jurídica en la que se sitúa el sujeto pasivo del proceso, es decir, del hecho de no comparecer en la fecha o en el plazo que se le hubiera señalado para ello<sup>362</sup>. La situación de rebeldía se ocasiona realmente como consecuencia de la falta de asistencia del demandado a esa primera comparecencia para la que se le requiere, con independencia de su presencia en actuaciones posteriores del proceso, dejando por tanto de ser un rebelde<sup>363</sup>.

Una vez que se dan los requisitos para la declaración de rebeldía, la misma es declarada por el juez en una providencia; con carácter general, la rebeldía no implicará el allanamiento del demandado a la demanda, ni la aceptación de los hechos objeto de enjuiciamiento, salvo en los casos en que expresamente la ley prevea tal efecto, de modo que la regla genérica será la de que el demandante deberá probar los hechos denunciados por su parte<sup>364</sup>.

---

<sup>361</sup> A. ILLESCAS RUS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona 2000) pp. 2331 ss.; J. BANCLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid 2001) pp. 855 ss. En esta materia se debe señalar en este momento la última reforma operada en sede de notificaciones al rebelde, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, en virtud del cual el apartado 3 del artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: “No será necesaria la publicación de edictos en el “Boletín Oficial” de la Comunidad Autónoma en el “Boletín Oficial del Estado” en aquellos procedimientos en los que la sentencia no tenga efectos de cosa juzgada y en los procesos de desahucio en los que se acumule la acción de reclamación de las rentas y cantidades debidas. En estos casos bastará la publicidad del edicto en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial”.

<sup>362</sup> En el caso de primera citación, tal trámite debe hacerse a través del domicilio, pudiendo designarse como tal el que conste en el padrón municipal u oficialmente a otros efectos, el que conste en el Registro o en publicaciones de Colegios profesionales, si se tratare respectivamente de empresas u otras entidades o personas a las que la ley obligue a colegiarse para poder actuar profesionalmente. Asimismo puede considerarse domicilio a estos efectos de citación de las partes litigantes en un proceso el lugar en el que se desarrolle la actividad profesional o laboral, de manera no ocasional.

<sup>363</sup> A. ILLESCAS RUS, *Comentarios a la nueva Ley* cit. pp. 2336 ss., señala que no existe por tanto rebeldía por la falta de asistencia a actuaciones procesales concretas si ya se ha personado el demandado anteriormente, habiendo sido admitida como parte en un momento inicial del proceso; I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal civil* (Madrid 2004) pp. 291 ss., entiende que la rebeldía es inicial y total, en el sentido de que el demandado no debe comparecer ni al principio ni a lo largo del procedimiento.

<sup>364</sup> Ahora bien, tal actividad probatoria por parte del actor no debe suponer asimismo una comodidad de defensa por parte del demandado, de modo que se rebaja la rigurosidad de prueba por parte del demandante, así como de la valoración de tales medios de prueba por parte el juez. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en Sentencia, entre otras, de 19 de mayo de 1993 y de 6 de junio de 1994.

La falta de comparecencia del demandado a lo largo del proceso no impedirá al Tribunal dictar la sentencia que corresponda, pudiendo el rebelde solicitar la rescisión de la sentencia una vez firme en los casos tasados que señala la ley: por causa mayor ininterrumpida que haya impedido al rebelde personarse o por desconocimiento de la causa y el pleito, debido a que el emplazamiento se hizo por edictos, encontrándose el demandado ausente del lugar de tal publicación<sup>365</sup>.

## 2. Ausencia y proceso penal

El Derecho penal romano se había caracterizado en un principio por un componente estrictamente religioso, considerando las conductas de mayor gravedad como atentatorias contra la víctima, pero especialmente contra las relaciones entre los hombres y los dioses, de modo que el autor del hecho punible sufre un castigo expiatorio por parte de la sociedad, que lo excluye y evita así el contacto con quien ha ofendido a la divinidad<sup>366</sup>.

Muy paulatinamente, el Derecho penal de Roma se irá tecnificando y se desprenderá de ese componente religioso, con la tipificación, en ocasiones indirecta, de las conductas ilícitas así como de las correspondientes sanciones. Desde muy antiguo, sin embargo, se distinguió entre delitos públicos y privados, reservándose el pueblo el poder de juzgar y hacer cumplir la pena, en el caso de que el delito cometido atentase contra la comunidad en su conjunto y exigiese la muerte del culpable u otro castigo<sup>367</sup>. Por un lado, los delitos eran considerados actos ilícitos perseguibles en un proceso civil, iniciado mediante una acción penal de carácter privado, y sancionados con penas de carácter económico considerando el valor del daño causado; en este caso, tales delitos no son perseguibles de oficio por los magistrados, ni tan siquiera con carácter general por los ciudadanos, sino tan solo por el afectado en su interés individual por la

---

<sup>365</sup> Vide el art. 502 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de *Enjuiciamiento Civil*, modificada en este Título que lleva por rúbrica “De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde”, por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de *Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*.

<sup>366</sup> V. GIUFFRÈ, *Diritto e processo penale nell' antica Roma* (Milán 1989) pp. 140 ss.; A. TORRENT, *El Derecho penal. De Roma al Derecho actual* (Madrid 2005) pp. 11 ss.

<sup>367</sup> Cita a TH. MOMMSEN, *Derecho penal romano* (Pamplona 1999) pp. 173 ss.



conducta reprochable penalmente, esto es lo que se constituye como materia de Derecho penal privado. Por otra parte, los crímenes eran considerados ilícitos perseguibles en un procedimiento penal que se iniciaba como consecuencia de una acción pública, ya que la conducta reprochable había lesionado un interés que interesaba no solo al directamente afectado, sino a toda la sociedad con carácter general<sup>368</sup>.

Para centrarnos en la materia que nos interesa en el presente estudio que venimos desarrollando es necesario en primer lugar hacer una sucinta referencia a la evolución del Derecho penal romano.

En los primeros tiempos, la resolución o castigo penal que debía recaer sobre quien había causado un daño a otro mediante la comisión de un acto ilícito se dejaba en manos del mismo sujeto pasivo, esto es, del ofendido o de sus familiares, reservándoseles una potestad incluso de decidir sobre la vida o la muerte del sujeto activo del hecho ilícito, guiada por las relaciones de amistad o de vecindad entre las familias, de manera que el autor podía ser entregado al clan del ofendido para someterse a su venganza.

Con el desarrollo de la Monarquía, el tratamiento de los actos ilícitos y las correspondientes penas varía, de modo que la potestad sancionadora recae en la persona del rey como guardián de la paz, dada la relación entre la humanidad y los Dioses, lo que implica que las penas tengan un marcado carácter religioso. Esta evolución se manifiesta con las míticas *leges regiae*, quedando sustituida la idea de la venganza por la condena basada en la expiación religiosa<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> P. CERAMI, *Poder político y derecho en la Roma clásica* (Madrid 1996) pp. 11 ss.; V. GIUFFRÈ, *Repressione criminale e garanzie del cittadino* (Madrid 1996) pp. 88 ss.; L. DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* (Nápoles 1999) pp. 138 ss.; M. TALAMANCA, *La prueba y medios de prueba. De Roma al Derecho moderno* (Madrid 2000) pp. 44 ss.

<sup>369</sup> Vide P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho romano* (Madrid 1978) pp. 1 ss. Tales condenas dependían de la entidad del ilícito, de modo que a menor gravedad se aplicaban penas como el *piaculum* u ofrenda expiatoria a los Dioses, que podía consistir en la ofrenda de un animal o pena patrimonial para el culto de la divinidad a la que se hubiera ofendido. Las infracciones de mayor gravedad no conllevaban pena de expiación, pues se condenaban con la *consecratio capitiis et bonorum*, abandono del culpable y de todo lo que le pertenece a favor de la divinidad ofendida, y la *reo necari*, que implica la ejecución directa del autor del ilícito penal, llegando por último a la pena capital para los delitos que implicaran una traición al *Populus*.

Pero es en la época de la República en la que tal potestad condenatoria hasta ahora recaída en el Rey pasa a ser asumida por los magistrados dotados de mando militar y civil. En esta época, la finalidad de la pena deja de ser la simplemente condenatoria del ofensor, introduciéndose la idea de la salvaguarda del orden público para dejar de lado paulatinamente consideraciones de orden eminentemente religioso<sup>370</sup>.

La codificación del Derecho Penal romano fue obra en un primer momento de las XII Tablas, reconociendo normas consuetudinarias y *leges regiae*. Las XII Tablas son a la vez manifestación de la tradición jurídica y del pensamiento popular con tintes innovadores, con lo que se trata de implantar un sistema de penas legal o de imposición de unas penas pecuniarias fijadas por la ley. Es con esta tarea codificadora con la que se logra asimismo la clara distinción entre Derecho penal público y privado: el primero reservado para los delitos más graves perseguibles de oficio dentro de la jurisdicción criminal, y el segundo caracterizado por la implantación de un proceso relegado al enjuiciamiento de los delitos menos graves surgidos entre los particulares.

Surgen asimismo en la República los Tribunales permanentes o *quaestiones perpetuae*, presididos por magistrados o ex magistrados, constituidos por jueces elegidos de listas formadas por la clase aristocrática, o aquellos que sin serlo poseían unas condiciones y un patrimonio tal que les permitía disfrutar del privilegio de ser considerados parte de la clase senatorial<sup>371</sup>.

Este sistema de las *quaestiones perpetuae* encontró su encaje orgánico en la *Lex Iulia iudiciorum publicorum*, coexistiendo en un principio este sistema con el poder coercitivo de ciertos magistrados ejercido discrecionalmente sobre personas de condición humilde y con jurisdicciones especiales de ciertos magistrados o funcionarios nombrados *ad hoc* por los emperadores, ocasionando la denominada *cognitio extra ordinem*.

---

<sup>370</sup> B. SANTALUCIA, *Derecho penal romano* (Madrid 1990) pp. 27 ss.

<sup>371</sup> J. DAZA, *Iniciación histórica al Derecho romano* (Madrid 1990) pp. 110 ss. A finales de la época de la República existían en Roma nueve tribunales permanentes, cinco de ellos con competencias sobre delitos políticos -*maiestas*, *repetundae*, *ambitus*, *peculatus*, *vis*- y los otros cuatro sobre delitos comunes: homicidio, parricidio, falsedad e injurias graves.

Con este nuevo procedimiento el emperador adquiere un poder absoluto de la jurisdicción, pues puede reclamar el conocimiento de cualquier hecho delictivo, incluso el incluido en una *quaestio* concreta, dejando al margen de tal labor al juez ordinario. El *princeps* tiene asimismo la facultad de conocimiento respecto de la totalidad de las sentencias dictadas por los magistrados y funcionarios subordinados a él. Finalmente puede también delegar su poder en jueces con carácter permanente o bien de modo especial para un caso concreto. Por último, cabe señalar que este procedimiento -*cognitio extra ordinem*- tenía un carácter marcadamente inquisitorio, promoviéndose de oficio, sin ser necesaria una acusación formal<sup>372</sup>.

Mencionados los derroteros por los que se ha movido el proceso penal romano, trataremos de analizar la relevancia de la comparecencia de las partes litigantes en el mismo. Se percibe una evolución en el tiempo respecto al trato concedido al condenado y las garantías que al mismo se atribuyen en sede del proceso penal romano. En un principio, como decíamos más arriba, el sistema estaba presidido por la idea de la venganza para satisfacer bien a la víctima o a su familia, y como medio para restablecer la *paxdeorum*, sin previsión de garantía alguna hacia el imputado/condenado, salvo la existencia de los *quaestores parricidii* con facultades de investigación pero tan sólo a efectos de dilucidar si la sanción correspondiente debe ejercitarse por la familia de la víctima o en presencia del pueblo<sup>373</sup>.

Tras un cambio de mentalidad, que se ve reflejado por leyes como la *Lex Calpurnia* del año 149 a.C. y la *Lex Sempronia* del año 123 a.C., se da comienzo a una nueva etapa en el proceso criminal romano, la de las *quaestiones perpetuae*, a que también aludíamos con anterioridad, lo que conlleva la fijación mediante ley de unos procedimientos para poder enjuiciar y sancionar determinados hechos que vienen ya prefijados legalmente. Ello da lugar a un principio básico en el Derecho penal que se

---

<sup>372</sup>Vide A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del diritto romano* (Nápoles 1959) pp. 175 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969) pp. 244 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nell' processo civile romano*, en *Memorie dell' Istituto giuridico dell'Università di Torino* 133 (1970) pp. 184 ss.; G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. Cura minorum e restituito in integrum*, en *BIDR.* 75 (1972) pp. 284 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato* (Torino 1980) pp. 11 ss.

<sup>373</sup>V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana* (Nápoles 1998) pp. 24 ss.; A. TORRENT, *Derecho penal. De Roma al Derecho actual* (Madrid 2005) pp. 11 ss.

ha mantenido hasta nuestros días: el principio de legalidad, “*nullum crime nulla poena sine previa lege*”<sup>374</sup>.

Sin embargo, se observó que llegaron a ser frecuentes las acusaciones hechas a pesar del conocimiento de la inocencia del acusado, de lo que pudiera resultar cualquier tipo de beneficio para el acusador, por lo que se trató de paliar este extremo mediante la creación de una *quaestio calumniae* para sancionar al que acusa a otro de manera dolosa sin fundamentación jurídica. Asimismo, otra de las medidas adoptadas en aquel momento para paliar estas acusaciones falsas, e impedir que las mismas quedaran impunes, fue la de conceder al imputado la garantía de la presunción de inocencia en caso de duda.

Encontramos un primer reflejo de esa presunción de inocencia, con especial referencia a los ausentes, en el texto de Ulpiano, en D. 48,19,5pr.(Ulp. 7. de off.proc.): *Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari. Adversus contumaces vero, quineque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiaro portet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est? Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas veleas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam.*

Del texto resulta que los ausentes no pueden ser condenados bajo la máxima de que es preferible dejar impune a un culpable que condenar al inocente: *satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”. Respecto de los ausentes y los contumaces que no hayan llegado a obedecer las denuncias ni los Edictos de los presidentes, se siguen las reglas de los procesos civiles, de modo que se imponen penas pecuniarias, en su caso, pudiendo llegar hasta la *relegatio* en el caso de

---

<sup>374</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione* cit. pp. 88 ss.; M. TALAMANCA, *La prueba y medios de prueba*, en VV.AA., *Derecho penal. De Roma al Derecho moderno* (Madrid 2000) pp. 44 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Democracia griega y República romana: la cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el Derecho europeo*, en *Anuario da Facultade de Direito, Universidade da Coruña* 13 (2009) pp. 165 ss.

que siendo citados nuevamente, reincidieran en la situación de contumacia. Ahora bien, no es posible la condenación a minas o pena capital de los ausentes en el proceso penal<sup>375</sup>.

El procedimiento para los contumaces consistía en anotarlos requiriéndoseles su comparecencia en el plazo de un año, ocupando sus bienes inmuebles y vendiendo los muebles para evitar su deterioro. Se manifiesta por tanto un cambio de mentalidad en aquel momento en concordancia con las tendencias humanistas, y que se ven reflejadas en el proceso penal, disponiéndose ciertas premisas favorables al reo, dirigiendo la actividad de los jueces en favor de atribuir al mismo mayores garantías<sup>376</sup>.

La incomparecencia en el proceso puede venir motivada asimismo por la imposibilidad de acudir ante el pretor por el hecho de encontrarse cumpliendo el interesado con un encargo oficial; a quienes se encuentran en esta situación se les denomina *absentes reipublicae causa*. De modo que el elemento verdaderamente relevante de la ausencia no es la ignorancia del paradero del sujeto, sino su imposibilidad de atender a la totalidad de las relaciones jurídicas de las que es titular; así quien se encuentra cumpliendo un encargo oficial está imposibilitado para acudir como parte litigante del proceso, y por tanto de hacerse cargo del resto de los negocios en los que participe o de los que sea titular, ahora bien, ello no queda necesariamente ligado al desconocimiento del lugar de su paradero<sup>377</sup>. Debe asimismo señalarse que esta situación de ausencia tiene claramente una fecha inicial que la origina, precisamente el momento en el que va a cumplir con el encargo oficial que le haya sido encomendado.

Por establecer algún paralelismo con la actualidad en este punto, cabe decir que la ausencia del imputado en un procedimiento penal sigue manteniendohoy su razón de ser. No en vano, para que sea efectivo el ejercicio del derecho de defensa,

---

<sup>375</sup> F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos*, en *Estudios jurídicos en Homenaje a U. Álvarez Suárez* (Madrid 1978) pp. 465 ss.

<sup>376</sup> Como ejemplo de ello se observa en D. 48,3,6,1 (*Marc. 2 de iudic. publ.*): *Sic et divus Pius et alii principes rescripserunt, ut etiam de his, qui requirendi adnotatisunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quiserit quieumarguat*; que aquellos que fueran anotados para ser requeridos se les inquiriera no como condenados, sino como si el negocio estuviera íntegro, en el sentido señalado en el mismo texto.

<sup>377</sup> Vide D. 4,6,5,1 (*Ulp. 12 ad ed.*); D. 4,6,7 (*Ulp. 12 ad ed.*)

irrenunciable por parte de su titular, es necesario que se dé cumplimiento al principio de contradicción<sup>378</sup>. De lo anteriormente señalado resulta la necesidad de la comparecencia del imputado en la fase del juicio oral, y su obligatoriedad de presencia, de lo que se puede derivar la conversión de la orden de comparecencia dada por el juez en una orden de detención, como consecuencia de la incomparecencia sin justificación<sup>379</sup>. Por tanto, la presencia del imputado es vital para que pueda celebrarse el juicio, siendo este el fin propio de la requisitoria<sup>380</sup>. Siendo la presencia del imputado la regla general, existen sin embargo ciertas excepciones, permitiéndose la celebración de la fase oral en ausencia del acusado, eso sí, siempre que con anterioridad se le haya dado la posibilidad de comparecer<sup>381</sup>. Con todo, es necesario señalar que la ley sólo permite actualmente la celebración del juicio sin la presencia del imputado tratándose, bien de un juicio de faltas, bien de un procedimiento por injuria o calumnia entre particulares<sup>382</sup>.

Por tanto, son tres los pasos que de manera muy sucinta analizaremos a continuación, relativos a la comparecencia, y en su caso, falta de presencia del acusado en el proceso, lo que muestra la influencia que ha tenido el Derecho romano hasta

---

<sup>378</sup> J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones. Adaptado a la Reforma penal de la L.O. 5/2010* (Barcelona 2011) pp. 494 ss. El principio de contradicción implica que nadie puede ser condenado sin ser efectivamente oído en juicio.

<sup>379</sup> Artículo 487 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, *aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*: “Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.”

<sup>380</sup> J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal* (Argentina 2001) pp. 209 ss.; A., ALCÁÑIZ RODRÍGUEZ, *Derecho Procesal Práctico-Parte Penal: Comentarios, esquemas y escritos* (Madrid 2013) pp. 337 ss. La requisitoria implica el llamamiento, la búsqueda y captura del acusado, y la consiguiente declaración de rebeldía con las consecuencias legales tasadas. Vide art. 784.4 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, *aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

<sup>381</sup> De ello resulta la importancia otorgada a las citaciones, los emplazamientos y la fijación de un domicilio, en el sentido del artículo 775.1 in fine del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, *aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en virtud de redacción dada en aplicación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*: “En la primera comparecencia el Juez informará al investigado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario judicial le informará de sus derechos, en particular de los enumerados en el apartado 1 del artículo 118, y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786.”

<sup>382</sup> P. DORADO MONTERO, *El Derecho Penal* cit. pp. 241 ss.; T. ARMENTA REU, *Lecciones de Derecho* cit. pp. 31 ss., pp. 353 ss.

nuestra regulación procesal actual. En primer lugar, la relevancia de la comparecencia del acusado; en segundo término la posibilidad de que, a pesar de haber sido debidamente notificado, no comparezca; y en última instancia, la celebración del juicio en su ausencia.

Respecto de la primera cuestión, se emplea en nuestros tiempos un mecanismo que trata de hacer efectiva la comparecencia de las partes en el proceso, es la requisitoria, medio contemplado expresamente por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que trata de ejecutar la orden judicial de llamamiento y búsqueda del imputado que se encuentra ausente, siendo su paradero desconocido<sup>383</sup>.

Respecto de la segunda cuestión, la consecuencia jurídica de la falta de comparecencia del imputado es clara, pues supone su declaración de rebeldía. La jurisprudencia ha recogido la presencia del imputado no como un derecho del mismo, sino como una obligación, de modo que se ha tratado de garantizar su presencia. La declaración de rebeldía del imputado llega en el momento en el que ha transcurrido el plazo fijado en la requisitoria y, sin embargo, no se ha presentado el ausente<sup>384</sup>. Tal declaración produce diferentes efectos en función del estado de tramitación en que se encuentre el procedimiento en curso; así en la fase instructora, la ausencia del imputado ocasiona que continúe la causa hasta la finalización de tal fase, suspendiéndose en un momento posterior hasta el momento en que se presente el rebelde o bien que sea hallado, cuando se reabrirá la causa; en caso de que fueren varios los imputados y sólo alguno o algunos de ellos estuvieren ausentes, la suspensión solo afectará a los no presentes. Por el contrario, si el asunto está pendiente de juicio oral, se suspenderá la causa automáticamente. La suspensión no implica una absoluta indefensión y un perjuicio indiscriminado para la parte ofendida en el pleito,

---

<sup>383</sup> Los casos en los que se emplea este medio son expresamente tasados por la ley, es en los supuestos en que el imputado no fuere hallado en su domicilio al tiempo de notificarle cualquier resolución judicial, ignorándose su paradero, o bien si no tuviere domicilio conocido; en caso de fuga del establecimiento en el que se encontrare preso; o por último, si estuviere en la situación de prisión provisional y dejare de presentarse el día señalado en que debiere hacerlo. Los datos que debe recoger la requisitoria vienen determinados legalmente, y son, el nombre y los apellidos, el cargo, la profesión u oficio; las señas en virtud de las cuales pudiese ser identificado el imputado; delito del que se le acusa; territorio donde se presume que puede encontrarse, si se ha decretado su detención o prisión; en su caso, la cárcel a la que deba ser conducido y el plazo en el que el imputado deba presentarse bajo apercibimiento de ser declarado rebelde.

<sup>384</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1984 y de 26 de noviembre de 1986.

pues la declaración de suspensión le reserva la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción en la vía civil, no alzándose los embargos ni cancelándose las fianzas que ya hubieren sido prestadas.

Por último, puede ocurrir que la localización del imputado no sea posible en un momento posterior en el que ya tiene la condición de condenado, esto es, tras notificársele la sentencia y habiendo interpuesto recurso de casación -en cuyo caso se sustanciará el mismo hasta que se dicte la correspondiente sentencia, nombrándosele una representación y asistencia letrada de oficio-, o bien, que hubiere desaparecido tras notificársele la sentencia y sin haber interpuesto aún el correspondiente recurso, en cuyo caso se entiende que se interpondrá el mismo por su representación o por el Ministerio Fiscal.

Es posible sin embargo que el juicio se celebre estando ausente el imputado, si se trata de las causas que se tramitan mediante procedimiento abreviado y siempre que concurren las circunstancias tasadas legalmente, esto es, que se trate de un posible delito que lleve aparejada la pena privativa de libertad de hasta dos años, o bien una pena de otra naturaleza de duración hasta los seis años; que la sustanciación del juicio en ausencia del imputado haya sido solicitada o por el Ministerio Fiscal, o por alguna de las partes acusadoras tras ser conocedoras de la incomparecencia, y por último, que el juez entienda que existen elementos de enjuiciamiento suficientes<sup>385</sup>.

En el juicio de faltas (actualmente denominados delitos leves), la ausencia del denunciado, junto con los procedimientos a que hacíamos referencia anteriormente, con la concurrencia de los requisitos mencionados, no suspende la tramitación del correspondiente procedimiento, salvo que por decisión judicial se estime necesaria e ineludible la declaración del imputado; es por ello por lo que las citaciones al denunciado se hacen con el apercibimiento de tal consecuencia de su falta de presencia<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> T. ARMENTA REU, *Lecciones de Derecho* cit. pp. 339 ss. Si en este tipo de procedimiento el ya condenado se presenta posteriormente se procederá a notificarle la oportuna sentencia que se hubiere dictado, concediéndole la posibilidad de interponer los recursos oportunos, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>386</sup> V. MORENO CATENA-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal penal* (Valencia 2005) 459 ss. Si el denunciado no está ilocalizado pero reside fuera de la demarcación del Juzgado competente conocedor de la causa, no tiene la obligación de acudir al juicio, sin perjuicio de su derecho a remitir un



En conclusión podemos decir que el tratamiento dado por el Derecho romano a la ausencia en el procedimiento penal, en el sentido de incomparecencia procesal, ha influido a lo largo de los tiempos hasta nuestro ordenamiento actual; de modo que el sistema viene presidido por una idea de imposibilidad de condenar al imputado ausente sobre la base del principio de la presunción de inocencia, ahora bien, esto no puede perjudicar a la parte ofendida por el hecho ilícito. En la actualidad son limitados, por tales razones, los supuestos en los que es posible dictar una sentencia condenatoria contra el imputado ausente, recogiendo en la ley tales casos excepcionales.

## II. SOLUCIONES ROMANAS AL PROBLEMA DE LA AUSENCIA

### A. Ausencia y postliminio

Como institución jurídica, es decir, tal como la conocemos hoy en día, la ausencia no fue regulada en la época romana de manera unitaria, pero no fue un problema jurídico ignorado. Es más, existen ciertos antecedentes en el Derecho romano, en los que se regulan algunos supuestos que podríamos llegar a considerar como casos asimilados a lo que hoy entendemos por ausencia, en el sentido técnico-jurídico del término.

Esta institución tampoco fue completamente ajena a la realidad jurídica de la antigua Roma, que solventaba el problema de fondo de acuerdo con sus propios condicionantes históricos, sociales y jurídicos. Por otra parte, el tratamiento que Roma daba a esta figura puede considerarse en cierto sentido como antecedente directo de la moderna institución de la ausencia, sobre todo desde un punto de vista sustancial<sup>387</sup>.

---

escrito al Juez alegando lo que considere conveniente a su derecho, o bien presentando tales alegaciones y solicitud de pruebas pertinentes a través de un apoderamiento a abogado y procurador ciertos. En estos procedimientos es necesaria además la citación al responsable civil, ya que no se le puede condenar sin ofrecerle la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa.

<sup>387</sup> En opinión de T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia* cit. pp. 15 ss., no existen precedentes de la figura de la ausencia en el Derecho romano, pues lo que ocurre es que ciertos pasajes del Digesto y del Código de Justiniano se refieren a algunos aspectos de la misma, sin ninguna coordinación entre sí. Resaltaremos a continuación algunos de ellos, como por ejemplo, que los ausentes *rei publicae causa* se consideraban presentes para todos los efectos que les fueren favorables; la posibilidad de nuevas nupcias por el varón ausente, no así para la mujer; la fijación de los veinte años de prescripción cuando se trataba de ausentes, considerando tales los domiciliados en diferentes provincias; así como el reconocimiento de un derecho de restitución *in integrum* al ausente. En este mismo sentido se pronuncia I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia* cit. p. 5, afirmando, “lo cierto es que el Derecho romano no es más que el punto

En este sentido, aludimos a uno de los textos más significativos a este respecto, en este caso de un jurista de la última época clásica, como es Paulo: D. 23,2,10 (*Paul. 35 ad ed.*): *Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur. et si trienium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit et an superstes sit, non prohibetur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere.*

En este fragmento, Paulo -respecto de la necesidad del permiso paterno en el matrimonio de los hijos- muestra que la ausencia del padre durante un determinado periodo temporal produce ciertos efectos jurídicos, permitiendo que los hijos e hijas se casen sin su consentimiento una vez transcurridos tres años de ausencia material, es decir, de falta de presencia acompañada de falta de noticias sobre la localización y la supervivencia. Como vemos, Paulo ofrece una definición de ausencia en la que, ya en aquella época, el jurista romano la caracterizaba a través de la nota de incertidumbre que le es inherente. Por tanto, puede decirse que ya se percibe que la ausencia no es la simple falta de presencia, sino que a ello debe unirse la inseguridad sobre paradero y supervivencia, que justifica la duda que provoca acerca de qué hacer respecto de alguien que no puede o no quiere volver<sup>388</sup>.

Esta fuente jurisprudencial romana de fines del s. II d.C. define al ausente como la persona de la que se ignora si vive, y dónde se encuentra. No existe en el Derecho romano sin embargo, tal como hemos venido manifestando, una regulación unitaria y general de esta figura de la que tratamos; pero sí que los textos dan solución a supuestos planteados a raíz de la ausencia de la persona.

---

de partida de una institución que nace con el Derecho intermedio o común, pero que no había sido concebida en su unidad por el Derecho romano”. Una postura totalmente contraria a estos autores muestra A. DE COSSÍO, *Teoría general* cit. pp. 86 ss.: “El *iuspostliminii* y la ficción de la *lexCornelia* constituyen una verdadera teoría de la ausencia, que no ha sido superada, ni siquiera modificada esencialmente, por las legislaciones posteriores que, en esto, dígase lo que se quiera, como en tantas otras cosas, son romanas.”

<sup>388</sup> En opinión de B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. pp. 17 ss., Paulo señala los elementos esenciales de la ausencia, tal y como es entendida en términos jurídicos por el Derecho moderno. Expone asimismo que lo relevante del fragmento reproducido es la problemática sobre qué ocurre respecto de las relaciones jurídicas del *pater* cuando se ignora su paradero o su propia existencia. Éste es realmente el sentido de la regulación jurídica de la ausencia: las consecuencias jurídicas que puedan ocasionarse sobre las relaciones jurídicas del ausente.

Un supuesto muy frecuente de ausencia en Derecho romano es el que viene motivado por el cautiverio de guerra, que recibe un trato especial a través del *postliminium*. En realidad, este particular régimen jurídico, junto a la *fictio legis Corneliae*, supone una atenuación de la situación de los ciudadanos romanos cautivos de guerra que han quedado reducidos a la esclavitud y en poder del enemigo<sup>389</sup>.

¿Qué ocurre con las relaciones jurídicas de las que el cautivo de guerra era titular desde el momento del cautiverio? Se entendía que durante el tiempo del cautiverio del *civis*, tales relaciones quedaban en suspenso, pero no se extinguían, de modo que al recobrar el ciudadano su libertad, mediante su vuelta a territorio romano y a través del *ius postliminii* -que implicaba traspasar el umbral o límite de la frontera del Estado romano- recuperaba de nuevo de manera automática la totalidad de la titularidad de las relaciones jurídicas de las que ya fue titular con anterioridad a esa situación de cautiverio, las cuales habían permanecido vigentes si bien en suspenso<sup>390</sup>.

El *ius postliminii*, en definitiva, permitía restituir a los *cives romani* que habían sido hechos cautivos de guerra y que posteriormente habían regresado a territorio romano, en la situación jurídica que poseían previamente a su cautiverio; de este modo, el cautivo que regresaba a Roma retomaba su cualidad de *civis* y consecuentemente la titularidad de sus relaciones jurídicas. Como consecuencia del *postliminium*, resulta pues una diferenciación entre el cautivo de guerra-ciudadano y el resto de *servi*, para los que el regreso a territorio romano sería irrelevante desde este punto de vista<sup>391</sup>. Al

---

<sup>389</sup> M. KASER, *Zur Geschichte der capitisdeminutio*, en IVRA3 (1952) pp. 48 ss.; G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica* (Nápoles 2006) pp. 16 ss. A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium* (Milano 1992) pp. 32 ss.: "Non esiste, e probabilmente non è mai esistita, una collettività umana che non si preoccupi dei propri prigionieri di guerra. Se non altro perché il soldato -e ciò vale soprattutto nell'antichità- non è inserito in un ingranaggio militarista disumano come sono gli eserciti degli Stati totalitari del XX secolo."

<sup>390</sup> No obstante, se daban excepciones a esta regla general en ciertas situaciones de hecho como la posesión y el matrimonio, respecto de las cuales si se quería recuperar su titularidad era necesaria una nueva acción de aprehensión de la cosa anteriormente poseída en la primera de las situaciones, o bien se restablece la relación con el anterior cónyuge, en el caso de la segunda. M. HERNÁNDEZ TEJERO, *Aproximación histórica al origen del ius postliminii*, en *Revista de Historia Antigua* 7 (1989) pp. 53 ss.

<sup>391</sup> La diferencia entre los cautivos de guerra-*cives romani*, los cuales gozan del *ius postliminii*, y los esclavos ordinarios es esencial, ya que al no gozar estos últimos de un derecho que les conceda la posibilidad de volver al estado que poseían con anterioridad a su captura, no se produce una incertidumbre acerca del futuro de sus relaciones jurídicas. Vide B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Pomponio y la clasificación de los modos de extinción* cit. pp. 217 ss.; L. FASCIONE, *Storia del Diritto* cit. pp. 248 ss.

cautivo de guerra se le daba una consideración distinta y especial a la del resto de los esclavos por otras causas distintas de la de ser prisionero de guerra, pues no se le consideraría *servus iustus*, sino *servus hostium* -esto es, esclavo de los enemigos-, tratándose de una mera situación de hecho de carácter interino o provisional, de modo que en caso de contraposición entre las normas del *ius gentium* y del *ius bellicum* y las normas del *ius civile*, se daba primacía a las últimas, a través del mecanismo del *ius postliminii* y de la ficción de *Lex Cornelia*.

Precisamente, otra de las huellas que deja el Derecho romano sobre la materia objeto de estudio de este trabajo, es -a nuestro modo de ver- la conocida ficción de la *lex Cornelia de captivis*, del año 81 a.C., según la cual se consideraba que el ciudadano romano muerto en poder de los enemigos había fallecido justo antes de sufrir la *capitis deminutio* que implicaba el cautiverio, es decir, con su capacidad jurídica aún intacta. De esta manera, se permitía la validez de su testamento, en el caso de haberlo dictado, a pesar de la evidente pérdida de *testamentifactio* que deriva de la caída en poder de los enemigos<sup>392</sup>. A través de la ficción de la *Lex Cornelia*, se intenta proteger la validez del testamento de quien había fallecido siendo esclavo, ya que según el *ius civile*, ese testamento sería nulo por dichas circunstancias; por ello surgió la *Lex Cornelia de captivis*<sup>393</sup>.

En sede de reconocimiento del *ius postliminii* al cautivo de guerra, han surgido diversas posturas doctrinales acerca del momento en que éste adquiere la condición de esclavo, y en función de ello la posibilidad de que dicha cualidad no tenga más que un carácter temporal, desde un punto de vista práctico<sup>394</sup>. Lo realmente interesante, al objeto de nuestro estudio en el presente trabajo, es el efecto que se produce a través del

---

<sup>392</sup> Vide A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1991) pp. 732 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO-J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano* (Madrid 2005) pp. 36 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Compendio histórico del Derecho romano* (Madrid 2006) pp. 511 ss.

<sup>393</sup> E.A. MEYER, *Legitimacy and Law in the Roman world: Tabulae in Roman Belief and Practice* (Cambridge 2004) pp. 65 ss.

<sup>394</sup> La doctrina tradicional entiende que el ciudadano romano pasa a ocupar la posición de esclavo desde el momento mismo de su captura por el enemigo; junto a esta teoría surge otra corriente que defiende que sólo con la muerte *apud hostes* del prisionero se consuma la *capitis deminutio*, ya que entre tanto, mientras el prisionero se mantenga con vida, es posible el ejercicio por su parte del *ius postliminii*. Vide M.F. CURSI, *Captivitas e capitis deminutio. La posizione del servus hostium tra ius civile e ius gentium*, en “*Iuris vincula*”. *Scritti in onore di Mario Talamanca II* (Nápoles 2002) pp. 297 ss.

ejercicio del *ius postliminii* por el *captivus*, esto es, la restitución íntegra de la situación jurídica del prisionero de guerra previa a su cautiverio.

Al recuperar la condición de ciudadano romano, el anterior cautivo de guerra obtenía de nuevo la titularidad de derechos como el de votar en las asambleas populares, en la triple faceta legislativa, electoral y la judicial; recobraba el derecho a presentar candidatura y ostentar los diversos cargos públicos; derecho a ejercitar las correspondientes acciones civiles y criminales ante los Tribunales de Justicia; derecho a constar en el censo, con los consiguientes efectos en el ámbito familiar, político, militar y tributario que ello conlleva; y derecho a formar de nuevo parte del ejército de Roma, ejército ciudadano, lo que se consideró un honor hasta la época de decadencia de la República<sup>395</sup>.

Se trata en definitiva de una intención de fomentar el regreso a Roma para no dejar al soldado desprotegido, y es por ello que el legislador y la jurisprudencia dieron una solución más estructurada, surgiendo así la idea de la suspensión de sus derechos durante su ausencia y la recuperación retroactiva de los mismos al tiempo de su regreso; sin embargo, tal solución de suspensión en que quedaban los derechos del cautivo de guerra, no ha sido a lo largo de los tiempos una cuestión clara para la doctrina, pues en un primer momento se había entendido que no era procedente hablar de suspensión, sino que tales derechos quedaban extinguidos<sup>396</sup>.

Si, como venimos advirtiendo, la ausencia exige que un sujeto se encuentre en situación de paradero desconocido y que se desconozca incluso si lo está o no con vida, originándose una incertidumbre respecto de sus relaciones jurídicas, podemos concluir, a nuestro modo de ver, que el *ius postliminii* permite considerar a los cautivos de guerra como ausentes en el sentido jurídico que modernamente se le da al término,

---

<sup>395</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Fundamentos de Derecho* cit. pp. 131 ss.

<sup>396</sup> S. SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii*, en *Scritti di Diritto Romano* IV (Nápoles 1963) pp. 565 ss. Parece que este cambio de posición se produjo como consecuencia de la ficción que marcó la *Lex Cornelia* y que puso el énfasis en el momento de la muerte del cautivo de guerra, circunstancia que con anterioridad no se había tenido en cuenta a efectos jurídicos. Sin embargo, parece que la verdadera razón de peso de ese giro se habría ocasionado por la relevancia del regreso del soldado, por una cuestión estrictamente de operatividad militar, en virtud de la cual el soldado debía regresar a Roma mientras durase la guerra para la defensa y protección del territorio; por todo lo anterior fue por lo que se creó esta situación de suspensión de los derechos del cautivo -que no de su extinción- de manera favorable al mismo, tratando de fomentar por tanto la vuelta del soldado a territorio romano mientras durase la guerra, que era el tiempo en el que interesaba realmente la presencia del mismo.

especialmente por lo que afecta a la inseguridad jurídica que provoca la inoperatividad de un patrimonio, en este caso del prisionero de guerra-ausente.

El prisionero de guerra en la época romana era hecho esclavo, adquiriendotal condición y perdiendo simultáneamente la de hombre libre<sup>397</sup>. Pues bien, ser prisionero de guerra conllevaba unas consecuencias negativas, como la pérdida de la ciudadanía y de la libertad a través de la *capitis deminutio*, si bien conservaba ciertas diferencias beneficiosas con respecto al resto de los esclavos por causas distintas, y principalmente por el hecho del reconocimiento de una figura que hace desaparecer tales efectos negativos, tal como venimos reiterando, esto es, el *postliminium*.

Deben hacerse una serie de consideraciones en torno a tal figura de la que venimos tratando. Para que el postliminio surtiera todos sus efectos debían cumplirse unos requisitos: en primer lugar, era necesario que el ciudadano hubiera sidohecho prisionero de guerra, esto es, por parte de militares enemigos; de lo anterior resulta que esa institución no se reconocía en el caso de que el ciudadano romano hubiere pasado voluntariamente al bando enemigo, quedando igualmente excluidos los que fueron hechos prisioneros de una guerra civil. El postliminio exigía otro condicionante, el regreso del prisionero de guerra, *redereabhostibus*, siendo necesario que el mismo fuere a Roma o bien a otro territorio que mantuviere relaciones de amistad con Roma<sup>398</sup>.

Dicho todo lo anterior, puede entenderse que el cautivo de guerra es un ausente en el sentido técnico expresado en D. 23,2,10, pues no está presente y su situación provoca incertidumbre, ya que se desconoce su paradero y su supervivencia, y el *postiliminium* mantiene en suspenso una serie de situaciones jurídicas que vuelven a la

---

<sup>397</sup> Los textos no recogen de una manera explícita tal pérdida de la libertad y de la ciudadanía por parte del soldado, al ser hecho prisionero de guerra; sin embargo, esta consecuencia se extrae de ciertas referencias a las consecuencias sufridas por el cautivo de guerra, como por ejemplo, la pérdida de la *testamenti factio* activa y pasiva, tal como lo expone Ulpiano en D. 28,3,6,5 (*Ulp. 10 ad Sab.*): *Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve participandum*. Pomponio expone asimismo que el cautivo es ciudadano romano antes de que sea llevado al campo enemigo, por tanto, *sensu contrario*, debemos entender que el *status* se pierde en el momento en que el prisionero es llevado a tal espacio enemigo; ello resulta de D. 49,15,5,1 (*Pomp. 37 ad Q. Muc.*) *Antequam in praesidiaperducaturhostium, manetcivis*.

<sup>398</sup> Vide A. MONTAÑANA CASANI. *La situación jurídica de los hijos* cit. pp. 39 ss. No sólo se exige el retorno del prisionero de manera física, sino además debe concurrir en el mismo una intención de recuperar su anterior estatus jurídico y permanecer en Roma.

esfera de control de su titular con el regreso del cautivo a los límites de Roma. Otro argumento para la consideración del cautivo como ausente en el Derecho romano lo encontramos en un texto de Juliano, en materia de equiparación de efectos en caso de falta de presencia del padre en el matrimonio de los hijos<sup>399</sup>; el jurista equipara expresamente la situación de cautiverio *apud hostes* con la de ausencia (*qui apud hostes est vel absit*). Es decir, el cautiverio debe entenderse como una modalidad o situación equivalente a una situación indefinida que el jurista identifica con la falta de presencia relevante en Derecho (*abesse*). Visto que los efectos del cautiverio y de la ausencia por otra razón son los mismos en el ámbito al que se refiere el pasaje -la validez del matrimonio de los hijos aun sin consentimiento del padre, en ambos supuestos- cabe sumar un apoyo más a la identificación del cautiverio con la ausencia por la propia Jurisprudencia romana<sup>400</sup>.

## B. Otras situaciones de ausencia

El *postliminium* representa un régimen específico que, sin embargo, no colisiona de modo alguno con otros regímenes jurídicos que se contemplan en el Derecho romano. Es más, puede afirmarse que el modelo del *ius postliminii* se aplica a otras situaciones, en las que -con los ojos del jurista de hoy- podemos también ver otros casos de ausencia. Así cabe conceptualizar la situación de aquellos que abandonan el territorio romano para el cumplimiento de un encargo oficial, los denominados *absentes reipublicae causa*.

De nuevo estamos ante una situación de no presencialidad relevante desde un punto de vista jurídico, debido a que la falta de presencia del sujeto en cuestión impide gestionar adecuadamente su patrimonio. Lo que obliga a tomar medidas es, como vemos, que la no presencia del sujeto le impide ocuparse de las relaciones y negocios jurídicos de los que es titular, y no tanto el hecho de que un individuo se encuentre en paradero desconocido y no se tengan noticias suyas, dudándose incluso de su

---

<sup>399</sup> D.23,2,11(Iul.62dig.) *Si filius eius qui apud hostes est vel absit ante triennium captivitatis vel absentiae patris uxorem duxit vel si filia nupserit, puto recte matrimonium vel nuptias contrahi, dummodo eam filius ducat uxorem vel filia tali nubat, cuius condicionem certum sit patrem non repudia turum.*

<sup>400</sup> B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. pp. 24 ss.

supervivencia. Puede ocurrir incluso que el que se encuentra fuera del territorio romano por razón del cumplimiento de un encargo público, tenga un paradero que es conocido, pero esté alejado de su lugar de actuación habitual, de modo que está impedido para actuar<sup>401</sup>.

Considerando ausentes, a los efectos de nuestro estudio, tanto a los cautivos de guerra como a los *absentes reipublicae causa*, existe sin embargo una diferencia esencial entre ambos. Los ausentes que lo son por el cumplimiento de un encargo público oficial no pierden en ningún momento la ciudadanía ni por tanto la titularidad de su patrimonio, a diferencia del soldado que es capturado por el enemigo, el cual pierde la libertad y la ciudadanía, si bien no se desprende del todo la titularidad de su patrimonio como consecuencia de la facultad de recuperación que deriva del *ius postliminii*.

Nos planteamos, por último, si puede considerarse ausente al que ha sido víctima de actos de delincuencia común conducentes a su ilocalización o privación de libertad, como consecuencia de lo que Pomponio denominó *postliminium in pace*<sup>402</sup>, de acuerdo con una terminología que no toda la doctrina considera clásica<sup>403</sup>. Con independencia del nombre que se dé a este supuesto, resulta del mismo en todo caso una situación de incertidumbre respecto al paradero de una persona o sobre su propia existencia y, consecuentemente, se produce la incapacidad para actuar como titular de derechos y obligaciones. Hablar de *postliminium* en estos casos, aunque pudiera ser una creación propia de Pomponio, se convierte sin embargo en otro argumento para la identificación

---

<sup>401</sup> En este sentido se manifiesta B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Absentiacit.* p. 163, aludiendo a diversos pasajes, tales como D. 4,6,5,1 (*Ulp. 12 ad ed.*); D. 4,6,7 (*Ulp. 12 ad ed.*).

<sup>402</sup> D. 49,15,5 pr. (*Pomp. 37 ad Q. Muc.*): *Postliminii ius competit aut in bello aut in pace. 2. In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro adeos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: ide queest, si ab illis adnos aliquid per veniat, hoc quoque igitur casu postliminium datum est.*

<sup>403</sup> No parece correcta la denominación *postliminium in pace*, ya que el tratamiento que da Pomponio a esta figura no tiene un carácter clásico, tal como concluyeron A. D'ORS y P. FUENTESECA a mediados del Siglo XX, en sus artículos "*Postliminium in pace*", en *RFDUC.* 8-11(1942) pp. 199 ss. y *Origen y perfiles clásicos del "postliminium"*, en *AHDE.* 21-22 (1952) pp. 300 ss. Por otra parte, se percibe la contradicción al respecto entre diversos textos de la Jurisprudencia clásica, como el de Pomponio antes reproducido y D. 49,15,24 (*Ulp. 1 inst.*); mientras que para Ulpiano es necesaria la declaración oficial de guerra para poder hablar de *hostes*, en opinión de Pomponio puede concederse el *ius postliminii* al ciudadano romano capturado, aun cuando lo sea por quienes no son socios de Roma, sin necesidad de que haya existido una declaración oficial de guerra.



entre *postliminium* y ausencia, ya que el que es privado de libertad efectiva, que no jurídica, o ilocalizado como consecuencia de un acto de delincuencia común, es un ausente.

El concepto *postliminium in pace* ha sido discutido y diversamente interpretado por la doctrina, aunque para analizar este término debemos realmente acudir a las fuentes. Teniendo en cuenta el entorno político y militar de la época que estudiamos, debemos reseñar que el postliminio *in pace* se aplicaba tanto al militar como al civil en los supuestos en los que se haya concluido la paz; se refería al regreso del soldado cuando así se hubiere dispuesto expresamente en el tratado de paz, y al civil en el caso de que el tratado no se lo negase de manera expresa. Esta distinción se basaba en la necesidad de que el soldado volviese en guerra, que es cuando le sería útil a Roma, exigencia ésta que no podría requerirse de un civil, por razones estrictamente militares.

Parece en conclusión, que la respuesta más lógica a si al prisionero *in pace* se puede considerar como ausente al objeto de nuestro estudio, debe ser en sentido positivo, pues si a los que fueron hechos prisioneros se les favorece reconociéndoseles tal derecho, para -por otro lado- motivarles a que cumplan con su obligación de regresar con el fin de participar en la defensa de Roma, del mismo modo este derecho se debe reconocer a favor de quienes sin ser soldados fueron hechos prisioneros por el enemigo, y regresaron al terminar la guerra, siempre eso sí, que en el tratado de paz no se dispusiere lo contrario<sup>404</sup>.

El postliminio -figura que aunque pudiésemos pensar que es propia del Derecho romano, ya tuvo sus antecedentes en los diversos pueblos de la antigüedad, como dijimos más arriba- va evolucionando a lo largo de las diversas etapas de la historia romana, tratando de favorecer el regreso de los prisioneros e incentivarlos de alguna manera. Dadas las consecuencias positivas que los cautivos de guerra obtenían a su regreso con la figura que ahora es objeto de nuestro estudio, la jurisprudencia comenzó a dar trascendencia a la misma, reconociéndose paulatinamente los diversos derechos que debían ser recuperados a su vuelta, comenzando por los derechos con

---

<sup>404</sup> D. 49,15,12pr. Vide S. CAUCANAS-R. CAZALS-P. PAYEN, *Les prisonniers de guerredansl'Histoire. Contacts entre pleuples et cultures* (Toulouse 2003) pp. 75 ss.; J. ALLEN, *Hostages and hostage-taking in the Roman Empire* (Cambridge 2006) pp. 14 ss.; D. ÁLVAREZ PÉREZ-SOSTOA, *El confinamiento de los prisioneros de guerra y rehenes en la Roma republicana*, en *Veleila* 26 (2009) pp. 153 ss.

trascendencia social; pensemos así en el ejercicio de la patria potestad por parte del cautivo, lo que va ligado a la capacidad jurídica del *filius familias* y relacionado asimismo con la sucesión de los bienes del cautivo, todo lo cual quedaría pendiente de la posibilidad de su regreso.

Con la idea de profundizar -siquiera brevemente- sobre esta institución, tan característica del Derecho romano pero conocida en otros Derechos de la Antigüedad, debemos destacar dos textos concretos: D. 49,15,5pr. (*Pomp. 37 ad Q. Muc.*)<sup>405</sup> y D. 50,16,199,1 (*Ulp. 8 De omn. Trib.*)<sup>406</sup>, que en principio parecen ser contradictorios. Sin embargo, intentaremos aproximarnos a un análisis concreto de los textos citados para demostrar que esta contradicción no es tal.

Del primer texto reproducido se desprende el efecto del regreso del *captivus* mediante el ejercicio del *ius postliminii*, esto es, la restitución plena de la situación jurídica que poseía previa al cautiverio. Para nosotros, del pasaje de Pomponio se infiere que la posibilidad del ejercicio del *ius postliminii* por parte del cautivo de guerra hace del mismo un supuesto especial de ausencia, pues el prisionero de guerra recobra la titularidad de su patrimonio -que había quedado interrumpida o en suspenso- al regresar al territorio romano. Pomponio, amplía los casos en los que puede obtenerse el beneficio del *ius postliminii* al supuesto de que el cautivo regrese a líneas aliadas o a una instalación militar romana, sin necesidad de pisar suelo patrio. En cuanto al estudio del segundo texto transcrito, en principio parece ser totalmente contradictorio con lo que hasta ahora venimos afirmando, pues en el pasaje de Ulpiano no se reconoce como ausente -y así se dice expresamente- al cautivo que se encuentre en poder de los enemigos, y sí en cambio a quien es capturado por ladrones.

Sin embargo, un análisis más específico -y sobre todo contextual del mismo pasaje- nos lleva a afirmar que la contradicción no es tal. El fragmento de Ulpiano debe estudiarse en su propio tejido originario, en el conjunto de la obra de este jurista,

---

<sup>405</sup> D. 49,15,5 pr. (*Pomp. 37 ad Q. Muc.*) *Postliminii ius competit aut in bell, aut in pace. 1. In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset, antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis, tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit.*

<sup>406</sup> D. 50,16,199,1 (*Ulp. 8 De omn. trib.*) *Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.*

atendiendo a la reconstrucción palingenésica que se ve facilitada por la *inscriptio compilatoria*<sup>407</sup>. Con esa herramienta en la mano<sup>408</sup>, hay que entender que el texto de Ulpiano debe restringirse a los aspectos procesales del problema de la ausencia, y sólo a este ámbito. Consecuentemente, lo que hace Ulpiano es excluir de la consideración de ausente procesal -es decir, de incompareciente- al cautivo de guerra, con el fin de evitar las consecuencias negativas que se desprenden de su falta de personación en el proceso.

### C. Protección al patrimonio de los ausentes en Derecho romano clásico

Una vez expuesta la panorámica acerca de los supuestos que, según nuestra perspectiva, pueden considerarse casos de ausencia en el Derecho romano clásico, analizaremos una serie de medidas, que terminan por ser comunes a todos ellos y que vienen a ser un régimen que cohesiona las tres figuras descritas. Estas medidas tienen la finalidad de facilitar la gestión y la protección de las relaciones que el ausente, en caso de regreso, tiene derecho a retomar. Esta es la razón de ser del *iuspostliminii* concedido al cautivo de guerra, que se convierte -como veremos- en el supuesto originario o raíz del que cabe extraer todo un régimen jurídico tan disperso como reconocible.

Una de esas medidas posibles es acudir a la representación o la gestión de negocios sin mandato<sup>409</sup>. Sin embargo, respecto al prisionero de guerra, encontramos el inconveniente de que el ausente -reducido a la esclavitud- carece de capacidad jurídica. A pesar de ello, el jurista Paulo entiende que si la representación es voluntaria es posible el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum* en función contraria, con el fin de obtener la indemnización correspondiente de los más que posibles gastos o

---

<sup>407</sup> D. 50,16,199 pr. (Ulp. 8 de omn. trib.): *Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus: et si forte extra continenti aurbis sit, abest. Ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet*. El fragmento citado debe analizarse junto con este pasaje, del que sería continuación; de modo que lo que hace el jurista es excluir del régimen jurídico de la ausencia procesal al cautivo de guerra, con el fin de evitarle los problemas que resultan de la falta de comparecencia. Vide, en este sentido, B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. pp. 24 ss.

<sup>408</sup> T. HONORÉ, Ulpian. *Pioneer of human rights* (Oxford 2002) pp. 57 ss.

<sup>409</sup> B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Absentia* cit. 159 ss., expone que es una medida basada exclusivamente en la buena voluntad del gestor en su actuación, y en la asunción por su parte de la carga de la posible reclamación de gastos y perjuicios ocasionados en su gestión contra la persona del *captivus*.

perjuicios<sup>410</sup>. De cualquier modo, a través de medios de carácter jurídico-privado que descansan en la buena intención del representante espontáneo, el ausente no llegaría a obtener una completa protección de sus intereses patrimoniales. Se hace necesario, por tanto, la adopción de determinadas medidas jurídico-públicas, es decir, de origen normativo o jurisdiccional en su concepción o diseño.

Centrándonos en la figura del *postliminium* podemos mencionar tres medidas de protección pública de los intereses, fundamentalmente patrimoniales, del cautivo de guerra con *ius postliminii*. Intentaremos a continuación aproximarnos al análisis, siquiera superficial, de cada una de ellas.

La primera de dichas medidas es la existencia de una *Lex Hostilia*, a la que sólo se hace referencia en las Instituciones de Justiniano<sup>411</sup>. Se trataría del reconocimiento de una acción contra el que se ha apropiado de bienes del cautivo de guerra en su ausencia, como si de un hurto se tratara, que puede ser ejercitada de manera abierta por cualquier ciudadano. Es decir, sería una acción de las llamadas *populares*. La *lex Hostilia* trató por primera vez de la capacidad jurídica del cautivo, y en especial en el ámbito económico, permitiendo a un tercero ejercitar la acción de hurto en defensa de la propiedad de la que era titular el cautivo de guerra, o quien se encontrase ausente por razones de Estado o bien por estar bajo tutela. El dato de que esta medida sólo venga recogida en las *Instituta* justinianeas y en la Paráfrasis de Teófilo sobre las mismas, en la que se hace una pequeña referencia, ha hecho dudar a la doctrina de la existencia real de esta ley<sup>412</sup>.

La segunda de las medidas de carácter público que adopta el Derecho romano con el objeto de mantener la integridad del patrimonio del cautivo de guerra es la

---

<sup>410</sup> Vide D. 3,5,18(19),5 (*Paul. 2 ad Ner.*)

<sup>411</sup> I.J. 4,10 pr. *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno: alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, quum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela: praeterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cuius tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare; nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio, itemque aliae multae causae saepe hominibus impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exequi possint.*

<sup>412</sup> Vide B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. pp. 65 ss. La doctrina mayoritaria es contraria al reconocimiento de la existencia de una *Lex Hostilia*, basándose en el silencio que respecto de la misma guardan los juristas clásicos y postclásicos, así como las fuentes no estrictamente jurídicas.

*curatela bonorum captivi*<sup>413</sup>, consistente en el nombramiento de un curador. Este nombramiento no tiene lugar ante cualquier circunstancia y de cualquier modo, sino únicamente en casos graves de especial necesidad de gestión del patrimonio del ausente, como cuando se cierne sobre los bienes la amenaza del embargo (*missio in possessionem*)<sup>414</sup>. Por otra parte, esta curatela de la que tratamos no lo es de la persona, sino patrimonial, lo que viene a ser concordante con la condición de *servus* del cautivo de guerra.

Se trata -con esta medida- de establecer un régimen favorable al cautivo de guerra, por una razón de interés público, pues debemos entender que existe una responsabilidad del conjunto de la comunidad respecto de la situación que padece el ausente, la cual deriva de una *indictio bellum* o declaración oficial de guerra. Asimismo, desde una perspectiva jurídico-privada se trata de equilibrar y proteger varios intereses: por un lado el interés de los acreedores y por otro los del deudor ausente. También le corresponde al curador la solicitud de la rescisión de los actos lesivos para los intereses del cautivo, sobre lo que trataremos a continuación<sup>415</sup>.

Su acción durante la etapa clásica fue la *actio negotiorum gestorum*, concediéndosele amplias facultades de administración, sin atribuírsele una representación directa, salvo en el caso de adquisición de la posesión, respondiendo tan sólo por dolo, y quien asumía la representación judicial era el denominado *cognitor*. Se produce un cambio importante en el Derecho postclásico, momento en que el

---

<sup>413</sup> Vide D. 4,6,15 pr. (*Ulp. 12 ad ed.*) Ulpiano presenta la curatela *bonorumcaptivis* como una institución frecuente en la práctica, como resulta de la expresión *ut plerumque*.L., FASCIONE, *Storia del Diritto* cit. pp. 277 ss.

<sup>414</sup> D. 42,4,6,2 (*Paul. 57 ad ed.*) *Si ab hostibus quis captus sit, creditor seius in possessionem mitten disunt, ut tamen non statim bonorum venditio permitatur, sed interim bonis curator detur.*  
D. 26,7,48 (*Herm. 1 iur. ep.*) *Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigii pupillive magna est differentia, quipped quum illis plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores future sunt, venditio committitur.*

<sup>415</sup> Vide G.FINAZZI, *Ancora in margine all'edito "de negotiis gestis"*, en *BIDR.* 40-41(1998-1999) pp. 755 ss. El curador surge como una figura de hecho ignorada por el Derecho, y precisamente por las necesidades económicas y sociales suscitadas por el aumento del número de ausentes, acogándose bajo la rúbrica de *Denegotiisgestis*.

procurador debía ser nombrado por mandato, pues en caso contrario se le denominaba *falsus procurator*<sup>416</sup>.

Según ciertos autores como D'Ors<sup>417</sup>, procedía el nombramiento de *curator* - además de en el supuesto de *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores- en otros casos, tratándose de *missiones* que se prolongan más allá del límite de treinta días que estaba señalado, como es el caso del *captus ab hostibus*, respecto de cuyo patrimonio se concede por el pretor a los acreedores la *missio in bona, ut non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur*<sup>418</sup>. Del mismo modo debe nombrarse un curador para el deudor ausente, y asimismo para las personas equiparadas al ausente, en especial al *pupillus indefensus* y al *absens reipublicae causa sine dolo malo*, sobre cuyos patrimonios no puede hacerse acto de disposición; atribuyéndose en todo caso al *curator bonorum* la custodia *et rerum quae deteriores futurae sunt venditio*.

La última de las medidas es la aplicación de la *restitutio in integrum* a favor del cautivo de guerra, la cual parte de un supuesto de hecho previo, como es el perjuicio patrimonial sufrido a causa de la imposibilidad para actuar<sup>419</sup>. Se trata de una acción para rescindir un acto que inicialmente es válido. Dicha acción se concede al perjudicado por el mismo acto; no necesariamente debe ser la persona incapacitada para ejercitar su derecho debidamente por razón de la ausencia, y con cuya imposibilidad se provocó el perjuicio patrimonial<sup>420</sup>. Del fragmento de Ulpiano recogido en D. 4,6,1,1 se extrae que esa acción de restitución viene íntimamente ligada al *iuspostliminii*, así como que se fundamenta en la imposibilidad de que se nombre *procurator* a quienes se encuentran en situación de *servitute detinentur*.

---

<sup>416</sup> H. GROCIO, *Del derecho de la guerra y de la paz* (Madrid 1925) pp. 187 ss.; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano* cit. pp. 533 ss.; M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* (Madrid 2000) pp. 217 ss.

<sup>417</sup> X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho Romano Clásico* (Roma 1974) pp. 90 ss.

<sup>418</sup> D. 42,6,2,; D. 27,3,7,1; D. 42,5,39,1; D. 42,5,22,1; D. 50,4,4, *in fine*.

<sup>419</sup> Vide D. 4,6,1,1 (*Ulp. 12 ad ed.*)

<sup>420</sup> En caso de fallecimiento del prisionero de guerra durante su cautiverio, esa acción de *restitutio in integrum* correspondería a sus herederos. Vide E. RICART MARTÍ, *Un caso de in integrum restitutio reipublicae causa abesse y petitio bonorum possessionis*, en *RIDA*. 54 (2007) pp. 410 ss.

En todo caso, son cuatro las causas tasadas por el jurista para que pueda admitirse esta medida: la intimidación, el engaño, la edad o la ausencia. Como ya anunciábamos en líneas anteriores, este mecanismo es compatible con la designación del curador, el cual debe ejercitarla para mantener la integridad del patrimonio del ausente, de modo que si no lo hace, podría sufrir una reclamación por parte del mismo ausente o de sus herederos.

Las tres medidas que hemos venido analizando se caracterizan por ser aplicadas sólo en casos de necesidad, sometidas a control jurisdiccional, llegando a hacerse efectivas sólo a instancia de parte. Lo dicho puede entenderse referido tanto al ejercicio de la acción para reprimir el expolio de los bienes del cautivo, al nombramiento del curador y a la rescisión de actos inicialmente válidos.

Por último, debemos especificar que los medios de protección patrimonial se predicen no sólo respecto del cautivo de guerra, sino que extienden también a los *absentes reipublicae causa*: así ocurre respecto a la *actiopopularis* que surge de la *lex Hostilia*, también en cuanto a la exclusión de la venta pública de los bienes embargados al ausente que estén en posesión de sus acreedores<sup>421</sup>, y a la aplicación de la *restitutio in integrum*<sup>422</sup>. Si a ello se añade la aplicación del *postliminium* que Pomponio llama *in pace*, tenemos el cuadro completo.

Sin perjuicio de las complejidades anteriormente manifestadas, en la época romana muchos de los supuestos de ausencia ordinaria, simples desapariciones, se resolvieron mediante la aplicación de un sistema de prueba flexible, el cual permitía acreditar con cierta facilidad la muerte del ausente. Como contrapartida, ese mismo sistema impedía o al menos dificultaba fijar unos plazos legales con carácter general, transcurridos los cuales, pudiera declararse el fallecimiento de una persona. Por ello se acudió a una práctica estrictamente casuística, con la problemática que plantea la falta

---

<sup>421</sup> En opinión de Paulo, vide B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia* cit. p. 94, los bienes embargados han de enajenarse, salvo en caso de que fueren de un pupilo o de un ciudadano ausente por razón de encargo público. Cfr. C. 2,50(51),4 (a. 239), por lo que respecta a los *absentes reipublicae causa*, si bien recoge la posibilidad de que prosiga el procedimiento de ejecución patrimonial, en el caso de que el ausente sea defendido *boniviri arbitratu*.

<sup>422</sup> Debe entenderse que la inoperatividad de los derechos motivada por un encargo oficial, o por las circunstancias que a ella se asimilan no ha de perjudicar o beneficiar a nadie. Cfr. D. 4,6,21pr. (*Ulp. 12 ad ed.*) y D. 4,6,22,1 (*Paul. 12 ad ed.*).

de un régimen jurídico de ausencia, como tal<sup>423</sup>. En concreto, el problema es qué tratamiento debe darse al patrimonio del ausente más allá de los casos del cautiverio de guerra, la ausencia *reipublicae causa* o la extensión -quizá postclásica- de dicho régimen a los cautivos *in pace*.

Por otro lado, debemos también pensar no solo en qué ocurría con los derechos del cautivo de guerra como venimos tratando, sino en cómo afectaba esta situación a sus obligaciones, en concreto las pecuniarias, esto es, qué ocurría con las deudas que en el momento del cautiverio recaían sobre el ausente. Pues bien, uno de los efectos de la *capitis deminutio* era la extinción *iure civile* de las deudas del que sale de su familia, si bien el pretor, tratando de superar los inconvenientes de la aplicación estricta de las normas civiles, en determinados supuestos concedía acciones útiles contra la persona así liberada, de modo que los acreedores pudieran darse por satisfechos en sus intereses mediante una *actio utilis rescissa capitis deminutione*, a través de la ficción de que no había tenido lugar la *capitis deminutio*, o bien que no se había cambiado de posición familiar.

#### **D. Ausencia y familia**

En el ámbito de las relaciones privadas, el que había sido anteriormente cautivo de guerra podría haber gozado hasta ese momento de la cautividad de la titularidad y el ejercicio de facultades tales como la patria potestad o la tutela, de la potestad sobre la esposa, así como de la capacidad de adoptar, emancipar e intervenir en todo tipo de relaciones patrimoniales, entre otras; recuperando las mismas con su regreso, así como recupera del mismo modo la capacidad para otorgar testamento, para ser instituido heredero o nombrado legatario, donatario, fideicomisario, entre otras posibilidades.

Es necesario analizar con detalle las consecuencias que ocasiona el ser hecho prisionero de guerra durante el tiempo en el que perdura el cautiverio, ya que afecta a

---

<sup>423</sup> Entiende S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico* cit. pp. 295 ss. que ante la existencia de lagunas legales en materia de administración del patrimonio del ausente, la medida más adecuada para hacer efectiva dicha protección es la *cura bonorum absentis*, sobre la que acabamos de tratar. Sin embargo, lo anterior no impide la existencia de diversos problemas que pueden surgir en este punto, debido a la falta de limitación temporal de esta curatela, los cuales de nuevo se resuelven acudiendo a la flexibilidad del sistema probatorio romano, basado en elementos de convicción, sin necesidad de acudir a términos o presunciones fijas.



la familia<sup>424</sup>. Ello no es baladí, pues son diversos y múltiples los aspectos que pueden verse afectados por la privación de libertad, como la condición de los hijos del prisionero nacidos durante el tiempo de prisión o, por ejemplo, si debía en tal caso mantenerse la vigencia del matrimonio del cautivo. En este sentido, surge el problema ante las nuevas nupcias del cónyuge del ausente.

Según el sistema romano del que partimos, al ser suficientes leves indicios como prueba de la muerte del ausente, cabría admitir la validez del nuevo matrimonio, lo que supera el problema de los plazos<sup>425</sup>. El matrimonio romano clásico era concebido como la intención de ser marido y mujer<sup>426</sup>, sin embargo, la falta de presencia de uno de los cónyuges o de ambos, motivada por el cautiverio, produciría la disolución del matrimonio ante la pérdida de la condición de ciudadano que afecta al prisionero. Esta solución fue acogida en diversas ocasiones por las fuentes romanas<sup>427</sup>, estableciéndolo expresamente en sede de dote o de donaciones entre los cónyuges<sup>428</sup>.

Se ha discutido sin embargo la causa por la que se disuelve ese matrimonio, intentando dilucidar si el matrimonio se equipara a esos otros derechos que decíamos quedaban en suspenso hasta que eran recuperados por el prisionero como consecuencia de su regreso a través del postliminio. Las fuentes no recogen la falta de convivencia de los cónyuges como una de las causas de disolución del matrimonio, ni siquiera la convivencia era reconocida como requisito esencial para poder hablar de un matrimonio válido, de ahí la admisión de las *nuptiae* entre ausentes, siendo el consentimiento el único elemento esencial del matrimonio romano<sup>429</sup>.

---

<sup>424</sup> L. FASCIONE, *Storia del Diritto* cit. pp. 86 ss.

<sup>425</sup> Vide I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia* cit. pp. 8 ss.: "...con una leve prueba, el juez romano podía considerar probada la muerte del *captivus* y pasar a la aplicación de la *lex Cornelia*, permitiendo la adición de la herencia del ausente por los herederos que lo fuesen en el momento de caer en la cautividad o llamando a la herencia a los herederos más remotos que estaban excluidos de ella por haber uno más próximo...".

<sup>426</sup> R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, en *BIDR.* 47(1940) pp. 240 ss.; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988) pp. 38 ss.

<sup>427</sup> Vide J. ZLINSZKY, *Zur Frage der Verschollenheit* cit. pp. 110 ss.

<sup>428</sup> D. 24,3,10 (*Pomp. 15 ad Sab.*); D. 24,1,32,14. (*Ulp. 33 ad Sab.*)

<sup>429</sup> R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano* (Milán 1951) pp. 85 ss.; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial* cit. pp. 61 ss. El

Pues bien, procede en este momento plantearse si la *captivitas* de uno de los cónyuges provoca la disolución del matrimonio, y en base a qué fundamentación jurídica<sup>430</sup>. Podríamos apuntar como causa de la disolución la *capitis deminutio* sufrida por el hecho cautivo<sup>431</sup>. Respecto del supuesto en el que ambos cónyuges son hechos prisioneros han surgido varias teorías, la primera es la que mantiene la vigencia del matrimonio mientras continúe la convivencia entre los cónyuges, frente a quienes consideran que en ese caso no se debe dar valor a la convivencia, no aplicándose consiguientemente el postliminio<sup>432</sup>.

Pues bien, a este respecto la respuesta que parece más correcta es la que basa la causa de tal disolución en la propia ausencia del prisionero, que imposibilita la convivencia efectiva entre marido y mujer, así como la continuidad por parte del cónyuge ausente en la manifestación de su intención de conservar tal relación jurídica<sup>433</sup>; pues resulta entonces que siendo ésta la causa de la disolución del matrimonio, y no la *capitis deminutio*, el matrimonio no adquiriría vigencia de nuevo simplemente por el *ius postliminii*, a diferencia del resto de derechos, los cuales se recuperan tan sólo con la reaparición del que estaba ausente por motivo del cautiverio<sup>434</sup>. El matrimonio se distingue del resto de las relaciones del prisionero de guerra, que éste recupera con el ejercicio del postliminio, por el hecho de que estas otras relaciones de carácter jurídico surgen por una inicial voluntad de su titular, sin

---

matrimonio requiere la voluntad efectiva y continua de establecer una relación conyugal, creándose una sociedad doméstica, con los elementos de procreación, educación de los hijos, protección y auxilio por parte de los cónyuges. Vide F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960) pp. 99 ss.; E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium*, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo II* (Milán 1972) pp. 441 ss.; O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente e nulo en derecho romano* (Milán 1973) pp. 1131 ss.; J. DAZA, *Nuptiae et matrimonium* (Madrid 1978) pp. 67 ss.; O. ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale presso i romani* (Perugia 1980) pp. 97 ss.

<sup>430</sup> D. 24,2,1 (*Paul. 35 ad ed.*) *Dirimitur matrimonium divortio, nort captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*. Respecto de los textos que parecen desvirtuar tal principio de disolución del matrimonio, en realidad muestran la visión justiniana y cristianizada sobre la materia.

<sup>431</sup> L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Nápoles 1950) pp. 25 ss.

<sup>432</sup> R. ORESTANO, *La struttura giuridica* cit. pp. 121 ss.

<sup>433</sup> L. SERTORIO, *La prigionia di guerra e ildiritto di postliminio* (Roma 1971) pp. 62 ss.

<sup>434</sup> El matrimonio que se disuelve por la prisión de uno de los cónyuges no se recupera posteriormente por el efecto del postliminio, y así se reconoce en D. 49,15,8 (*Paul. 3 ad leg. Iul. et Pap.*) *Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur*.

necesidad de una posterior manifestación de la misma; en el matrimonio, sin embargo, se requiere -además de una manifestación inicial para la constitución de esa relación-, de una voluntad de mantenimiento del correspondiente vínculo marital (*affectio maritalis*).

Dicho lo anterior, el siguiente paso debe consistir en analizar por qué el regreso del cónyuge cautivo no hace entrar en juego el postliminio a efectos de reintegración del estado matrimonial<sup>435</sup>. Así, partiendo de la necesidad del requisito del consenso efectivo de los cónyuges para la validez del matrimonio, no puede en consecuencia admitirse una reintegración del matrimonio *iure postliminii*, ya que ello sería superfluo o bien sería contrario a la propia estructura del matrimonio romano. De modo que si los cónyuges, al regresar, tienen la voluntad de continuar con la convivencia, el *ius postliminii* en este caso carece de lógica, y asimismo en caso contrario -esto es, si los cónyuges no pretenden reanudar tal convivencia- la reintegración de tal matrimonio por el mero hecho del regreso del cónyuge cautivo supondría en realidad un contrasentido.

En cuanto al matrimonio del cónyuge de quien se ausentó con motivo de cautiverio, se hacía depender de que efectivamente el cónyuge anterior se encontrara en situación de cautiverio, existiera la certeza de que estuviere vivo o no<sup>436</sup>. Sin embargo esta no fue una cuestión ajena a diversos planteamientos por parte de la doctrina. Se trata en definitiva de una evolución de las diversas posiciones doctrinales ante la nueva regulación que proporcionó posteriormente el derecho justiniano<sup>437</sup>. Tal evolución no finalizó en ese momento histórico, sino que continuaría con la

---

<sup>435</sup> Para buscar una explicación debemos partir de la distinción entre dos tipos de relaciones jurídicas; las que se extinguen definitivamente con la *captivitas* y las que se mantenían en una situación de pendencia hasta la muerte o bien el regreso del cautivo; situando el matrimonio entre las del primer tipo, la reintegración del matrimonio mediante el postliminio no era posible, en base a que tales relaciones requieren una voluntad continuada del sujeto para su permanencia. Vide E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* (Milán 1933) pp. 216 ss.; E. VOLTERRA, *La conception du mariage apres les juristes romains* (Padua 1940) pp. 35 ss.

<sup>436</sup> Ya que en el primer caso, es decir si existía la certeza de que el ausente por cautiverio estaba vivo, se prohibía contraer nuevas nupcias; por otro lado, en el caso de desconocimiento de si el cónyuge prisionero vivía o no, debían transcurrir cinco años desde el momento en que el cónyuge cayó cautivo para que el cónyuge del prisionero pudiera contraer nuevo matrimonio. Vide E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulteri*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante II* (Milán 1930) pp. 110 ss.; A. MONTAÑANA CASANI, *La situación jurídica de los hijos* cit. pp. 73 ss.

<sup>437</sup> S. SOLAZZI, *La prigionia di guerra* cit. pp. 354 ss.

constitución del Emperador León, que exigía la prueba de la muerte del prisionero de guerra para que la esposa pudiera contraer nuevo matrimonio<sup>438</sup>.

El siguiente punto en el que debemos detenernos es el relativo a la situación que corresponde a los hijos del que es prisionero de guerra. En esta cuestión es necesario diferenciar entre los hijos del prisionero concebidos entre ciudadanos, pero nacidos tras la situación de cautiverio de su progenitor, y un segundo caso en el que los hijos son tanto concebidos como nacidos durante la situación de cautiverio.

En el primero de los supuestos se entiende el principio general en virtud del cual, *conceptus pro iam natu habetur*, aplicado específicamente a estos hijos concebidos cuando sus padres eran libres, pero que pueden incluso haber nacido en cautiverio. En este caso concreto se acude a la ficción de que al concebido se le tiene por nacido para todos efectos, gozando por tanto del derecho de postliminio al regresar a la ciudad<sup>439</sup>. Se trata por tanto de equiparar a los concebidos en la ciudad y nacidos en cautiverio con los que fueron hechos prisioneros por el enemigo, a efectos del postliminio.

Este planteamiento ni es tan claro, ni ha gozado de una absoluta unanimidad por parte de la doctrina a lo largo de los años, en el caso de que se trate de un concebido en cautiverio y nacido en iguales circunstancias. Desde una perspectiva clásica, el nacido en estas condiciones no gozaría del derecho de postliminio al no tener la consideración de *captus ab hostibus*. Sin embargo, poco a poco la jurisprudencia trató de atender al caso concreto que le era planteado, reinterpretando los diferentes principios que regían en la época, y no para producir con ello situaciones injustas, sino más bien para evitarlas, siendo precisamente esta la tendencia seguida por el Derecho justinianeo<sup>440</sup>.

---

<sup>438</sup> G. BUIGUES OLIVER, *Posición jurídica de la mujer en Roma: Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer* (Madrid 2014) pp. 129 ss.

<sup>439</sup> D. 4,6,15,1 (Ulp. 12 ad ed.) *Non minus autem ab hostibus capto quam ibi nato, qui postliminium habet, succursum videtur*. M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano*, en *AHDE*. 27-28 (1957-1958) pp. 338 ss.; P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 1965) pp. 39 ss.

<sup>440</sup> D. 49,15,9 (Ulp. 4 ad leg. Iul. et Pap.) *Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii iura habet: habere enim eum postliminium nulla dubitatio est post rescriptum imperatoris Antonini et divi patris eius ad Ovinium Tertullum praesidem provinciae Mysiae inferioris*.

D. 49,15,25: (Marc. 14 inst.) *Divi Severus et Antoninus rescripserunt, si uxor cum marito ab hostibus capta fuerit, et ibidem ex marito enixa sit, si reversi fuerint, iustos esse et parentes et liberos et filium in*

Una de las consecuencias de la ausencia de un sujeto, como consecuencia de ser un prisionero de guerra, es la imposibilidad del ejercicio efectivo -que le corresponde como titular- de la *patria potestad* sobre sus hijos, debido a la incapacidad derivada de su falta de presencia. Cabe pensar que la *patria potestad*, como otras facultades y el resto de relaciones jurídicas de que es titular el prisionero de guerra- excepto el matrimonio, tal como tratamos de analizar más arriba-, queda en suspenso; sin embargo, esto ha sido discutido por la doctrina, pues entienden algunos autores que la *patria potestad* continúa vigente, solo que su ejercicio viene impedido por el hecho de la prisión de su titular<sup>441</sup>.

En el supuesto de que el hecho prisionero de guerrasea un ascendiente, se plantea una problemática que surge por su muerte durante el tiempo en que se encontraba prisionero. En ese caso los descendientes quedan libres, si bien debemos plantearnos el momento a partir del cual se produce este efecto, lo que podría entenderse ocurrido en el momento de la muerte del prisionero, o bien en el momento mismo del inicio del cautiverio<sup>442</sup>.

Pues bien, si consideráramos que el hijo queda libre desde el momento inicial, en el que el padre fue hecho prisionero, debería igualmente sucederle *mortis causa* desde ese mismo instante. Con tal interpretación perdería su sentido la ficción de la *lex Cornelia*, para el caso de que el prisionero muriera durante la situación de cautiverio, *apud hostes*. De modo que lo único que puede afirmarse en este aspecto es lo que

---

*potestate patris, quemadmodum iure postliminii reversus sit: quod si cum matre sola revertatur, quasi sine marito natus, spurius habebitur.* Asimismo, aplicando la regla general en Derecho de que, quien puede lo más puede lo menos, pensamos que es lógico que si los efectos del postliminio se reconocen a favor de los concebidos y nacidos en el periodo de prisión de la madre, más aún habrá de reconocerse a los que fueron concebidos estando la madre prisionera, pero nacidos en la ciudad, al regreso de la madre. Tal postura mostrada en el apartado anterior la consideramos la más válida, no solo por la regla antes mencionada en la que nos basamos, sino además sobre la base de lo dispuesto por el Derecho justiniano, en virtud del cual la prisión no era causa de esclavitud y por tanto, no disolviéndose el matrimonio del prisionero con su cónyuge, al hijo concebido y nacido en la prisión, se le atribuiría la condición de hijo libre y legítimo a su regreso. Vide U. RATTI, *Studi sulla captivitas* (Nápoles 1980) pp. 165 ss.

<sup>441</sup> L. SERTORIO, *La prigionia di guerra* cit. pp. 58 ss.

<sup>442</sup> Esta última cuestión planteada debemos relacionarla con la ficción permitida por la *Lex Cornelia*, con el único objetivo de interpretar -si acaso mínimamente- el extremo planteado, esto es, si la *patria potestad* se extingue con la muerte de su titular o anteriormente, aplicándose la presunción con carácter retroactivo.

resulta claramente de los textos recogidos en las fuentes<sup>443</sup>, según las cuales si el padre hecho prisionero regresa recupera la patria potestad sobre sus hijos. Sin embargo, resulta incierta la situación en la que se encuentran los hijos del prisionero mientras dura tal situación<sup>444</sup>.

La cuestión es más simple desde la perspectiva del Derecho justiniano, ya que la prisión de guerra no es causa de esclavitud, y el prisionero por tanto no es considerado un *servus*, pues no sufre una *capitis deminutio*; de modo que durante el tiempo en que se encuentra bajo el cautiverio del enemigo conserva la patria potestad sobre sus hijos, aunque tal potestad se mantendrá en situación de suspensión hasta el momento de su regreso, salvo en caso de que, como decíamos anteriormente, muriera *apud hostes*, en cuyo caso quedaría extinguida la patria potestad con efecto retroactivo.

Como consecuencia de lo expuesto, las estipulaciones y adquisiciones realizadas por el hijo durante el cautiverio del padre son válidas aun cuando posteriormente el padre no regrese, lo cual se explica por la nueva concepción justiniana, en virtud de la cual se considera que el hijo seguía bajo la potestad del padre cautivo; distinto criterio seguiría el Derecho clásico, que optaría por la nulidad de tales estipulaciones. De modo que, de conformidad con lo prescrito en Derecho justiniano, lo que fue adquirido por el hijo durante el cautiverio del padre podría ocurrir, o bien que pasara al patrimonio del padre si el mismo regresa como consecuencia de que el postliminio desplegara la totalidad de sus efectos, o bien que el hijo lo hubiere adquirido para sí en el caso de que el padre muriera en cautiverio, pues en este último supuesto el hijo adquirió la condición de *sui iuris* desde el momento en que el padre fue hecho prisionero<sup>445</sup>.

Lo que adquiere o estipula un hijo durante la prisión del padre lo adquiere finalmente para él si este último no regresa; ahora bien, podría ocurrir que falleciera el hijo y posteriormente el padre cautivo antes de su regreso, con lo cual lo que hasta ese

---

<sup>443</sup> C. FAYER, *La familia romana* (Roma 1994) pp. 123 ss.; A. MONTAÑANA CASANI, *La situación jurídica de los hijos* cit. pp. 93 ss.

<sup>444</sup> D. 49,15,12,1(*Tryph. 4 disp.*)

<sup>445</sup> L. ALMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Nápoles 1950) pp. 183; A. MONTAÑANA CASANI, *La situación jurídica de los hijos* cit. pp. 86 ss.

momento se hubiese adquirido por el hijo o lo que éste hubiere estipulado lo habría hecho en favor del heredero del padre<sup>446</sup>.

El siguiente paso que debe darse en este estudio es el de plantearnos la posibilidad de suceder al que fue cautivo. Todos los textos se refieren a la *Lex Cornelia* como el origen de tal posibilidad de suceder al prisionero de guerra<sup>447</sup>. Como hemos visto, la *Lex Cornelia* entendía que al cautivo muerto *apudhostes*, debía presumírsele muerto en el momento en que fue hecho prisionero, aun cuando efectivamente muera en prisión, considerando que en ese momento era ciudadano romano<sup>448</sup>. Se retrotraen por tanto los efectos de la muerte al momento en que fue hecho prisionero. La *Lex Cornelia* convalida el testamento, bajo la ficción de que se entienden muertos como *cives*. Esta ficción era aplicada igualmente a la sucesión intestada, esto es, si el cautivo no hubiere hecho testamento antes de su cautiverio, sus herederos recibirían sus bienes *ab intestato* como si hubiere muerto siendo ciudadano<sup>449</sup>.

En cuanto al derecho que correspondería al cautivo para heredar *ab intestato*, entendemos que queda en suspensomientras se mantenga su situación *apudhostes*, por las mismas razones ya expuestas de considerar en suspensión la totalidad de sus derechos, con excepción de la posesión y el matrimonio.

### III. CONCLUSIONES

El término ausencia ha sido un concepto difícil de definir. Debemos advertir en primer lugar que la *absentia*, desde el punto de vista etimológico, es la situación en la

---

<sup>446</sup> D. 49,15,22,2(Iul. 62 dig.)

<sup>447</sup> H. WOLFF, *Thelex Cornelia de captivis and theRomanLaw of succession*, en *BIDR.* 46(1939) pp. 344 ss.; A. MONTAÑANA CASANI, *La situación jurídica de los hijos* cit. pp. 149 ss.

<sup>448</sup> D. 28,1,12. (Iul. 42 dig.) *Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmanntur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eo de mmodo ad unum quem que pertinent. Quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et here serit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heresdici non possit, qui in potestate morientis non fuit.* Vide E. BIANCHI. *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* (Padova 1997) pp. 352 ss.

<sup>449</sup> L. FASCIONE, *Storia del Diritto* cit. pp. 336 ss.

que se encuentra el que está lejos, ahora bien, tal acepción literal no coincide con el concepto estrictamente jurídico. Desde esa primera perspectiva, se trata tan sólo de considerar que una persona no se encuentra en un lugar en un tiempo determinado. Sin embargo, desde un punto de vista más técnico debe estimarse que se trata del supuesto en que una persona se encuentra fuera de su domicilio, sin conocerse su paradero, concurriendo por tanto la falta de noticias acerca de una persona y la duda de si está viva o no.

Son diversos los campos en los que pueden darse tales situaciones de ausencia, múltiples sus esferas de manifestación y distintos los efectos que de ella pueden derivarse; pensemos que afecta a campos tan amplios como el laboral, el escolar o incluso destacar la importante repercusión de la ausencia por parte de quien ostenta la condición de militar, con la que cerraremos este estudio doctoral.

Dada la complejidad para definir el concepto que nos ocupa es necesario remontarse a los orígenes del término, o al menos de las primeras manifestaciones de tal situación de ausencia, echando la vista atrás hasta llegar al Derecho romano, referencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Incluso antes de aquél, en la época de la antigua Mesopotamia, se recogen ciertas consecuencias derivadas de la situación de ausencia de un sujeto, en concreto en el Código de Hammurabi y en las Leyes de Eshnunna. El primero establecía previsiones relativas a la posibilidad de contraer nuevas nupcias por parte de la mujer durante la ausencia del marido; así si el marido estaba ausente por haber sido hecho prisionero pero hubiese dejado medios para la manutención suficiente de la mujer, ésta no podía contraer nuevas nupcias; ahora bien, en otro caso podría contraerlas pero quedando anulado si regresaba el esposo salvo que su ausencia fuese debida a haber huido por causa de guerra.

Las Leyes de Eshnunna, respecto de la admisibilidad y validez de las segundas nupcias celebradas por parte de la mujer del ausente, prevén que se distinga en función del motivo de la ausencia, ya que si la ausencia ha venido sobrevenida de forma involuntaria por parte del ausente, habiendo sido hecho prisionero, a su regreso podrá reclamar a su esposa y con ello la validez del primer matrimonio. Sin embargo, si se trata de un traidor perderá los derechos respecto de su cónyuge.



En el ámbito patrimonial se preveían asimismo ciertas especificidades, tomando como regla general aquella en virtud de la cual el soldado mantenía la propiedad de los bienes que ostentaba con anterioridad a su desaparición.

Para tratar el tema de los antecedentes de esta materia en la historia del Derecho romano es preciso -en primer lugar- diferenciar entre lo que podríamos denominar una ausencia procesal, en el sentido de incomparecencia, y lo que por otro lado conocemos como ausencia en un sentido técnico-jurídico. Ahora bien, la única definición de ausencia recogida por el Derecho romano es la que trata este concepto desde el primer prisma mostrado, esto es, en el sentido de ausencia procesal.

Esta definición es obra de Ulpiano, quien considera ausente a aquél que no se encuentra en el lugar en el que se le reclama por encontrarse fuera de la ciudad o escondido dentro de la misma con el objetivo de no comparecer en el proceso. De tal falta de presencia por parte del demandado en el proceso pueden derivarse una serie de consecuencias de carácter perjudicial para el propio sistema, como llegar incluso a suspenderse la tramitación del procedimiento; para evitar tales efectos es por lo que se adoptan una serie de medidas para presionar al demandado a la comparecencia. No obstante lo anterior, el mismo Ulpiano excluye de esta regla general establecida refiriéndose a la ausencia procesal, al que se encuentra ausente por razón de cautiverio, lo que se muestra concordante con la especial protección que recibe esta clase de ausentes a través de la figura del *ius postliminii*.

Hemos hecho un estudio sobre esta incomparecencia procesal en el proceso civil y en el ámbito penal. En la primera esfera, la del proceso civil, la incomparecencia del demandado podría ocasionar la suspensión del procedimiento a que antes hacíamos referencia, por lo que surgieron medidas para evitar que el *iter* del procedimiento pendiera de la voluntad de las partes, como por ejemplo la directa ejecución sobre los bienes del demandado debidamente citado y que no comparecía al emplazamiento.

Haciendo un recorrido por los cambios manifestados en el procedimiento de la época romana debemos comenzar señalando que en la etapa de la República las acciones de ley pasan a ser sustituidas por el procedimiento formulario, generalizándose este último para la tramitación de los procedimientos en el ámbito

privado, en virtud de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*; se da con ello paso hacia un procedimiento en el que se requiere el empleo de fórmulas escritas sobre otro en el que se exigían unas palabras solemnes, caracterizado por la flexibilidad, permitiendo adaptar la fórmula a las particularidades de la casuística mostrada, regulando incluso situaciones no previstas con anterioridad a través del edicto.

En el procedimiento formulario, la citación al demandado hecha por el demandante era el paso inicial del mismo, de modo que era necesaria la presencia de las partes *in iure* para que diera comienzo el citado procedimiento. En materia de comparecencia de las partes, el demandante debía identificar a la persona del demandado, citándole para que compareciera, si bien esa comparecencia deja de ser un emplazamiento inmediato, en el sentido de que es posible aplazar tal necesidad de presencia del demandado en el proceso si interviene un tercero en garantía de la presencia del aquél contra el que se dirige la demanda.

Se consideraba de tal importancia la comparecencia de las partes que se dispusieron otros mecanismos para garantizarla en la época de la República, como la promesa de esa presencia futura por parte del demandado a través de una promesa con fiadores. Así ante su falta de presencia en el día señalado, el demandado estaba obligado a pagar la cantidad estipulada a la que se había comprometido, salvo causa justificativa de su ausencia.

La fase *in iure* del procedimiento formulario terminaba con la fijación de la fórmula en una tablilla quedando así asegurado su contenido, como modo de atestiguamiento del litigio, o lo que se denomina la *litiscontestatio*, con lo que queda fijado el objeto del procedimiento, así como las pretensiones de las partes en el litigio.

A partir del Siglo II se generaliza la *cognitio extra ordinem*, desapareciendo el procedimiento formulario en el Siglo IV. En este procedimiento se aprecia una importante diferencia con respecto al procedimiento formulario en cuanto a la forma de practicarse la citación, pues adquiere ahora un carácter más público frente a la citación privada de aquél: debe tratarse ahora de una citación escrita que venía autorizada por el magistrado con competencia o enviada directamente al domicilio del demandado para conocimiento del mismo; en el supuesto de que estuviera ausente o no tuviera domicilio conocido, el emplazamiento se realizaba a través de edictos.

Asimismo, tal citación debía inscribirse en un registro público, con lo que se muestra la necesidad de dejar constancia de los trámites seguidos para tal citación con la única pretensión de asegurar la personación de las partes del proceso.

En el procedimiento *extra ordinem* era necesaria la efectiva notificación al demandado para su correcto desarrollo, llegándose a prever un procedimiento específico para los contumaces en el caso de que no hayan podido ser localizados, a fin de impedir la paralización del procedimiento motivada tan solo por la falta de presencia -y con ello la falta de colaboración- de las partes. Esta tendencia ha llegado a nuestros días asumiéndose en nuestro ordenamiento jurídico privado la necesidad de prever la incomparecencia en el proceso de la parte litigante que podría verse afectada si el procedimiento sigue su curso.

La figura de la rebeldía se recogió ya en la historia de nuestro ordenamiento jurídico en la Novísima Recopilación pasando en la época Moderna a estar prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta llegar a nuestros días. La rebeldía deriva del hecho de la falta de comparecencia de la parte procesal en la fecha en la que se le hubiera emplazado; se da origen a la rebeldía, por tanto, ante la falta de presencia del demandado a la primera comparecencia para la que se le requiere. Ahora bien, la rebeldía no puede entenderse como un allanamiento por parte del demandado a las pretensiones de la otra parte, así como tampoco debe interpretarse en el sentido de aceptación por su parte de los hechos que se enjuician en el procedimiento, recayendo sobre el demandante la carga de la prueba de los hechos denunciados.

En conclusión, como decíamos, la rebeldía -con carácter general- no impide la tramitación del procedimiento así como que se dicte una sentencia que ponga fin a las actuaciones.

La ausencia viene prevista asimismo en el ámbito penal, y esto es así desde tiempos antiguos. En los inicios de Roma el Derecho penal se apoyaba sobre la base de la venganza, esto es, que la resolución penal caía en manos exclusivamente del ofendido o de sus familiares, pudiendo llegar incluso a decidirse por éstos sobre la vida del autor del hecho penalmente punible. Posteriormente, el Derecho penal adquiere un componente religioso, en el sentido de entender que el autor del ilícito penal en realidad ofende a la divinidad, quedando por tanto sustituida la idea de la venganza por

la expiación religiosa. Sin embargo, el Derecho romano se va tecnificando de modo paulatino, llegándose a tipificar las conductas consideradas ilícitas así como las sanciones que corresponden a cada una de ellas. Los crímenes son objeto de los procedimientos penales iniciados como consecuencia de una acción pública, pues se consideraba que el bien jurídico afectado por la conducta punible era de interés general, y no sólo del propio ofendido, introduciéndose la idea de la salvaguarda del orden público.

Con las XII Tablas se consigue la codificación del Derecho penal de Roma, diferenciando entre el Derecho penal público y el privado, el primero dedicado a la indagación y correspondiente condena de los delitos más graves perseguibles de oficio, mientras que el segundo de los citados tiene por objeto el análisis de los hechos que pudieran constituir un delito menos grave surgido entre los particulares.

En materia de ausencia del demandado en un proceso penal también se ha percibido una evolución en el seno del Derecho romano. Se fueron reconociendo ciertos principios -básicos en nuestros días- en aras de conceder garantías a los imputados a los que se enjuicia en un procedimiento penal. Tales principios entre otros, son el de legalidad que implica la necesidad de que la conducta constitutiva del ilícito penal venga tipificada, esto es recogida por la norma, para que el sujeto pueda conocer que tal conducta está penada y es una actuación antijurídica y punible; y asimismo el principio de la presunción de inocencia, como garantía concedida al imputado en caso de duda. Sobre la base de ese principio de presunción de inocencia se apoya Ulpiano para entender que el ausente no puede ser condenado, en torno a la idea de que es preferible dejar impune al culpable que condenar a un inocente. Lo que sí se estima es la posibilidad de que ante la falta de presencia del imputado en un proceso penal se adopten las reglas de un proceso civil, pudiendo condenarle a penas pecuniarias, pero no a otras penas, como la pena capital.

La actividad e investigación de los hechos por parte de los jueces van asimismo orientadas al reconocimiento de garantías a favor del reo. Pensemos por último que la incomparecencia puede verse motivada de manera voluntaria por el imputado o, por el contrario, por la imposibilidad de comparecer en el proceso por causa ajena a su voluntad; uno de los casos que se plantean de esa modalidad de ausencia por causa no

imputable directamente al acusado es por encontrarse cumpliendo un encargo oficial, son los denominados, *absentes reipublicae causa*.

Esta manifestación de ausencia, en el sentido de incomparecencia procesal, viene asimismo prevista actualmente en el ámbito penal. Se parte de la idea de que la verdadera defensa del imputado se consigue garantizándole el principio de contradicción, y es por ello que la orden de citación por parte del juez al demandado se convierte en realidad en una orden de detención, para buscarlo, encontrarlo y, garantizando su presencia, darle la totalidad de las garantías con el objeto de permitirle el ejercicio de su defensa, siendo vital la presencia del imputado para la celebración del juicio oral.

Los casos en los que es posible que el juicio se celebre sin la presencia del demandado están tasados legalmente, siendo éstos los de injurias o calumnias entre particulares y los juicios de faltas (actualmente delitos leves). Es evidente, por tanto, la influencia que ha tenido el Derecho romano en nuestro actual ordenamiento jurídico en este punto. A este respecto señalaremos tres aspectos; el primero, la importancia de la citación del imputado, en segundo lugar la importancia de su comparecencia y, por último, la posibilidad de la celebración del juicio sin la presencia del acusado en el correspondiente procedimiento.

En cuanto a la primera cuestión, para garantizar la comparecencia del imputado existe un mecanismo judicial, al que nos hemos referido anteriormente y que recibe el nombre de requisitoria, mediante el que se trata de ejecutar la orden de búsqueda del imputado que se encuentra ausente dada por el juez, con tal fin de localización y presencia del mismo.

En segundo lugar, la imposibilidad de localización del interesado si da efectivamente lugar a la incomparecencia procesal, ocasiona que se le declare en rebeldía una vez transcurrido el plazo fijado en la requisitoria sin la presencia del interesado, al considerar la presencia como una obligación y no como un derecho del mismo.

La ausencia produce distintos efectos en función de la fase del procedimiento en el que haya tenido lugar. Si es en la fase instructora el procedimiento seguirá su curso hasta la finalización de tal fase suspendiéndose en ese momento la causa hasta la

comparecencia del imputado; sin embargo, si la causa está pendiente de juicio la suspensión será inmediata, lo que no implica en ningún caso un perjuicio a la parte ofendida, la cual puede ejercitar las acciones civiles que le correspondan.

Por último, debe señalarse que es posible que el juicio se celebre en ausencia del imputado pero debiendo cumplirse los requisitos específicos previstos por la ley para tales casos, pues es necesario que se trate de una causa tramitada por el procedimiento abreviado y asimismo limitado a delitos que lleven aparejadas penas que vienen delimitadas en base a la naturaleza de la misma pena o bien de su duración, y en todo caso siempre que el juez entienda que existen suficientes elementos de enjuiciamiento.

De modo que la regla general, ya surgida en el Derecho romano y vigente en nuestros días, como derecho reconocido constitucionalmente, es la presunción de inocencia y en base a ella no se permite condenar al imputado que no responde a los emplazamientos en el procedimiento, salvo casos excepcionales que vienen recogidos de manera tasada por la ley.

Desde otro punto de vista, el técnico-jurídico, la ausencia no fue una institución regulada como tal y de manera unitaria por el Derecho romano, lo cual no supone que no se diera relevancia ya en aquellos tiempos a esta fenomenología. Es más, desde nuestro punto de vista, podemos afirmar que se preveían ciertas situaciones que podríamos considerar verdaderos antecedentes de la ausencia en este sentido técnico del término.

Así, encontramos a autores de la época que, como Paulo, preveían determinados efectos de la ausencia de un sujeto; en concreto, cuando el desaparecido es el padre, tal situación ocasiona el efecto de permitir el matrimonio de sus hijos sin necesidad de su consentimiento una vez transcurridos tres años en esa situación de falta de presencia unida a la falta de noticias relativas a su localización. Con ello percibimos que la ausencia no es tratada de manera conjunta por el Derecho romano, pero que sí da solución a problemas surgidos a raíz de la desaparición de una persona y a su falta de actuación.

Uno de los supuestos de ausencia, en el sentido de falta de actuación del sujeto por la imposibilidad de su localización, es el manifestado con motivo del cautiverio de

guerra. Se reconocen dos figuras que conceden un trato de favor a los que se encuentran en dicha situación, estas son el *postliminium* y la *fictio legis Cornelia*.

El siguiente paso es plantearnos qué ocurre con las situaciones jurídicas correspondientes a aquél que se encuentra en dicha situación de cautiverio. Pues bien, debe entenderse que las mismas quedan en suspenso hasta que el cautivo recobre su libertad mediante su vuelta a Roma, traspasando el límite de la frontera del territorio romano, conforme a lo que se denomina *ius postliminii*. Atendiendo a las fuentes, Pomponio se encargó de situar la plena restitución de la situación jurídica al cautivo de guerra que regresaba en base al ejercicio del *ius postliminii*, ampliándose los casos de tal beneficio a los regresos no sólo a Roma sino incluso a una instalación militar romana o a líneas aliadas de Roma.

Sin embargo, esta suspensión de los derechos de los que el cautivo de guerra era titular no ha sido una cuestión libre de discusión por la doctrina, ya que frente a quienes entendían que el *ius postliminii* se empleaba como medio para fomentar el regreso del cautivo de guerra, ya que en ese caso recuperaría la totalidad de las relaciones jurídicas que hasta entonces se habían mantenido suspendidas, otros autores apuestan por defenderla extinción de tales derechos y no su mera suspensión. Con lo anterior, percibimos que el trato suministrado al cautivo de guerra era diferente al que se daba al resto de los esclavos por causas distintas a la de ser prisionero de guerra.

Otro de los resquicios de la ausencia en el Derecho romano lo encontramos a través de la ficción de *Lex Cornelia de captivis* que data del año 81 a.C., en virtud de la cual se entendía que el ciudadano romano muerto en poder del enemigo en realidad había fallecido con su capacidad intacta antes de producirse la *capitis deminutio*, con la intención de otorgar plena validez a su testamento.

Si hemos definido la ausencia como la situación de incertidumbre que recae sobre una persona acerca de su paradero y de su propia existencia, lo que revierte en una incertidumbre respecto de sus relaciones jurídicas, podemos concluir que el cautivo de guerra -en virtud del *ius postliminii*- reúne tales requisitos, encontrándose en una situación que podríamos considerar de ausencia. Esta asimilación entre el cautivo de guerra romano con un ausente en el sentido que se le concede jurídicamente en la actualidad viene apoyada no sólo sobre la base del *ius postliminii*, sino además

reforzada por un texto de Juliano en el que se equipara la situación del cautiverio *apud hostes* con la situación de ausencia en materia de consentimiento para el matrimonio de los hijos.

Este régimen jurídico atribuido al cautivo de guerra coincide además en el Derecho romano con otros regímenes específicos que muestran otros supuestos de imposibilidad de presencia del sujeto, es el caso de los *absentes* con motivo de encargo oficial. Lo relevante de esta situación no es la incertidumbre acerca del paradero del sujeto, que no tiene que ser necesariamente dudoso, sino la imposibilidad de presencia para hacerse cargo de sus negocios. Observamos sin embargo una diferencia esencial entre los ausentes por razón de cautiverio y los que lo son con motivo del cumplimiento de un encargo oficial; pues los primeros pierden la ciudadanía y su libertad, si bien no la titularidad de sus bienes, que recobran a su regreso en virtud del *ius postliminii*, sin embargo, los de la segunda categoría no pierden en ningún momento ni su ciudadanía, ni su libertad, ni la titularidad de su patrimonio.

Por último podríamos considerar junto con las dos categorías de ausentes anteriores una tercera, la constituida por aquellos que han sido víctimas de actos de delincuencia común que dan lugar a la imposibilidad de su presencia en el lugar en que se les reclama o en los que ésta es necesaria para la gestión de sus relaciones jurídicas y el ejercicio de las mismas. Si vamos más allá, Pomponio empleó el término *postliminium in pace*, lo que nos lleva a pensar en una equiparación de estos supuestos con los de ausencia en el sentido técnico del término.

Sin embargo, hemos analizado un texto de Ulpiano que aparentemente contradice nuestra conclusión, pues el jurista reconoce como ausente al que ha sido capturado por ladrones, pero no así al ciudadano romano que se encuentra en manos del enemigo. Sin embargo, tal contradicción no es tal, en el sentido de que el texto de Ulpiano debe entenderse en su conjunto de modo que se refiere en realidad a un ámbito estrictamente procesal, lo que conlleva que el cautivo no sea considerado ausente procesal -esto es incompareciente en el proceso- para evitarle con ello las consecuencias negativas que esa falta de presencia puede ocasionar: de nuevo vemos que al cautivo de guerra se le da un trato especial, más favorable, con respecto al resto de los esclavos por diversas causas distintas del cautiverio.



Una vez señalados los que entendemos como casos de ausencia previstos de manera dispersa por las fuentes del Derecho romano clásico, es necesario advertir tres mecanismos distintos que tienden a la protección de las relaciones jurídicas que el ausente tiene derecho a recobrar a través de su regreso en virtud del *ius postliminii*.

La primera de esas medidas para la protección de los negocios del ausente es la de actuación de un representante sin necesidad de mandato. Ahora bien, también es cierto que se comprobó que sólo con tal medio no se conseguía una protección integral de la totalidad de las relaciones jurídicas del ausente, por lo que fue necesario ir más allá en busca de otras medidas de carácter jurídico-público de origen normativo o jurisprudencial.

Así, la denominada *Lex Hostilia*, que permite el ejercicio de una acción contra el que se ha apropiado de los bienes de quien no estuviera presente por ser cautivo de guerra o por razones de Estado. Tal acción, popular, podía ejercitarse por cualquier ciudadano como si de un hurto se tratara.

La segunda de estas medidas previstas es la de nombrar un curador al ausente, la denominada *curatela bonorum captivi*, si bien tal medida sólo tiene lugar en el caso de extrema necesidad de gestión de tal patrimonio. Esto podría chocar con la condición de *servus* del cautivo de guerra, sin embargo se nos muestra que tiene una condición distinta al de resto de *servis* y, lo más importante, que se trata de una curatela patrimonial y no respecto de la persona del cautivo. Esta medida, entendemos, se fundamenta en la conciencia social en cuanto el cautivo lo es en consecuencia a la declaración oficial de guerra.

La tercera de las medidas señaladas es la denominada *restitutio in integrum* debido al perjuicio patrimonial sufrido por el cautivo de guerra como consecuencia de su imposibilidad de actuación por la situación en la que se encuentra. Ulpiano afirma que la razón de ser de esta medida es la imposibilidad de nombrar un curador para los que se encuentran en condición de esclavitud, todo ello con el *ius postliminii* en el fondo del planteamiento.

Estas tres medidas anunciadas sólo son aplicables para casos de necesidad, bajo control jurisdiccional y han de ser promovidas a instancia de parte.

Junto a estos mecanismos, muchos de los casos de desapariciones se resolvieron aplicando un sistema de prueba de carácter flexible para acreditar la muerte del ausente. Ahora bien este sistema propio del Derecho romano impedía fijar unos plazos legales para que, una vez transcurridos estos, procediera la declaración de fallecimiento del ausente. Como consecuencia de lo anterior surgió un sistema casuístico y, por ende, una falta de previsión temporal fija y general en el régimen jurídico de la ausencia en Derecho romano.

La ausencia, y más en concreto la que viene motivada por el cautiverio de guerra, ocasionaba también unos efectos en la esfera personal, y no tan sólo en la patrimonial de que tratábamos más arriba; por ejemplo, nos hemos planteado qué ocurre con la condición de los hijos del ausente nacidos mientras perdura dicha situación, o qué validez debe otorgarse a las segundas nupcias contraídas por la mujer del desaparecido. Respecto de esta última cuestión debemos recordar en primer lugar que la validez del matrimonio requiere un conjunto de condiciones, como son la intención de ser esposos y la condición de púber y ciudadano. El cautiverio impedía la concurrencia de éste último requisito, básico, de modo que se ocasionaría la extinción del matrimonio con la caída en poder del enemigo. Asimismo, esta situación impide la convivencia entre el hombre y la mujer, así como la expresión de la *affectio maritalis*. Por tanto, siendo ésta el fundamento jurídico del matrimonio, que no puede equipararse con el resto de relaciones jurídicas pertenecientes al ausente en cuanto a la restitución de las mismas por el ejercicio del *ius postliminii*.

Sin embargo, esta cuestión relativa a la validez del segundo matrimonio contraído por la mujer del cautivo durante su ausencia ha sido objeto de una evolución normativa que rompe en cierta manera el modelo de matrimonio clásico, pues finalmente se concluía la necesidad de la prueba de la muerte del cautivo para que la esposa pudiera contraer esas nuevas nupcias.

Otro de los aspectos afectados por la situación de ausencia en el Derecho romano que hemos tratado de analizar en la esfera de lo personal es el de la condición de padre del prisionero. A estos efectos, debemos diferenciar entre dos supuestos; el de los hijos concebidos entre dos ciudadanos romanos, pero nacidos siendo prisionero el padre, y el segundo es de los hijos concebidos y nacidos durante esa situación de cautiverio. El primero de los casos planteados se resuelve acudiendo a la ficción de

considerar al concebido como nacido, y por tanto reconociéndole todos los efectos beneficiosos a través del *ius postliminii*; respecto del segundo caso, sin embargo, la jurisprudencia fue variando su criterio, considerando en un primer momento que no procedía la aplicación de los efectos beneficiosos derivados del *ius postliminii*, hasta atender a cada caso concreto que fuera planteado con el fin de evitar situaciones injustas.

Toca plantearse igualmente qué ocurre con el ejercicio de la patria potestad por parte del cautivo de guerra respecto de sus hijos. La doctrina entiende que la patria potestad, como el resto de las relaciones jurídicas y facultades de que el ausente por causa de cautiverio de guerra es titular, no quedan extinguidas sino que tan sólo se suspenden por la imposibilidad de su actuación respecto de las mismas. Puede afirmarse sin lugar a dudas que si el prisionero regresa, recupera la patria potestad sobre sus hijos, pero la situación de estos es dudosa mientras dura el cautiverio de su padre. Esta cuestión pasa a aclararse de manera lógica con el Derecho justiniano, el cual entiende que mientras se prolonga la situación de cautiverio, el padre no pierde la patria potestad sobre sus hijos, salvo que muera *apud hostes*; en este caso se extingue la patria potestad con efectos retroactivos desde el momento en el que el padre fue hecho prisionero de guerra. Según el Derecho justiniano, las estipulaciones y actos realizados por el hijo durante el cautiverio del padre son válidos, de modo que lo adquirido de esta manera pasa al padre si éste regresa o bien lo adquiere para sí si el padre muere en cautiverio, ya que había adquirido la condición de *sui iuris* desde el momento en que el padre había sido hecho prisionero. El Derecho romano clásico, sin embargo, había optado previamente por un criterio opuesto, según el cual tales estipulaciones serían nulas.

Por último, respecto de la validez del testamento del que ha sido hecho cautivo deben hacerse varias precisiones. El testamento hecho por el prisionero con anterioridad a encontrarse cautivo deviene nulo con la *capitis deminutio*, si bien recobra plena validez mediante su regreso por efecto del *ius postliminii*. Ahora bien, si ha fallecido durante su cautiverio la *Lex Cornelia*, del año 81 a.C., construyó la ficción de entender que había fallecido en condición de *cives*. Este criterio se mantenía del mismo modo para el caso de sucesión intestada, considerando que había muerto un ciudadano. Desde el otro punto de vista, el de la capacidad de heredar *ab intestato* por

parte del cautivo, se entiende que tal capacidad ha quedado tan sólo suspendida hasta el momento de su regreso.

## CAPÍTULO CUARTO: LA AUSENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

### I. ASPECTOS GENERALES

#### A. La importancia del Derecho comparado

Es una realidad actualmente, y ya desde hace unos años, la relevancia prestada por los juristas a la investigación *comparatista*, debido al incremento de la relevancia del Derecho Internacional y del Derecho comunitario, pero también a los procesos de uniformización y globalización jurídica<sup>450</sup>.

El término “Derecho comparado” no es nuevo, pues se generalizó a partir del año 1900, a raíz del primer Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París; desde entonces el estudio de esta cuestión ha ido ampliándose y despertando cada vez mayor expectación; ahora bien no podemos obviar, por otro lado, las complejidades del análisis *ius comparatista*<sup>451</sup>. Así, partiendo de factores culturales, en el análisis y la comprensión de los Derechos de diversos Estados, aun cuando sean vecinos, nos tropezamos ya desde el inicio de esta labor con una dificultad, comprender los términos empleados y las instituciones propias de cada sistema en cuestión<sup>452</sup>.

Al margen de estas complejidades el interés por el estudio del Derecho Comparado ha venido acrecentado por el fenómeno de la globalización económica, cuyos efectos se han hecho latentes en diversos ámbitos, especialmente en el comercial y en el mundo de las comunicaciones, debido a los avances en las tecnologías de la información. De igual modo debe advertirse que la consolidación de un ámbito comunitario europeo ha hecho necesario que nos preocupemos por el análisis del Derecho comparado, enlazado con el surgimiento de Derecho de carácter supranacional,

---

<sup>450</sup> Sobre la idea de Derecho Global, vide R. DOMINGO, *Principios de Derecho Global: Aforismos jurídicos comentados* (Navarra 2003) pp. 232 ss.

<sup>451</sup> F. POLLOCK, *Le droit comparé. Prolégomènes de son histoire*, en *Procès Verbaux du Congrès International de Droit Comparé de 1900* (París 1905) pp. 253 ss.; J. AYASTA GONZÁLEZ, *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos* (Lima 1991) pp. 217 ss.; M. CASAL PATRICIA, *Recepción del Derecho extranjero como argumento del Derecho Comparado* (Argentina 1997) pp. 15 ss.; A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del Derecho Comparado* (Madrid 2009) pp. 259 ss.

<sup>452</sup> Vide R.W. LEE, *L'étude du droit comparé en Grande-Bretagne* (París 1938) pp. 344 ss.; V. LEVI, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro* (Milán 2004) pp. 62 ss.; A. TARUFFO, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato* (Bologna 2009) pp. 16 ss.

que aún no afecta a muchas cuestiones civiles centradas en el Derecho de las personas, como la que nos ocupa<sup>453</sup>.

No ha sido fácil encontrar una definición al concepto de Derecho comparado, ni siquiera lo fue la elección inicial de la denominación de tal concepto, ya que los países que contaban con una legislación codificada tendieron a hablar de legislación comparada, mientras que los países que gozaban de modelos jurídicos propiamente anglosajones preferían la denominación de *Comparative Jurisprudence*. Posteriormente se aceptó como término general el de Derecho comparado<sup>454</sup>.

Sobre la definición del concepto de que tratamos, Zweigert y Kötz manifestaron que consistía en una actividad intelectual cuyo objeto era el Derecho que tal ciencia emplea como medio, la comparación. Ahora bien, no podemos perder de vista un elemento fundamental en esa definición, y es que la finalidad de la comparación debe extenderse a un ámbito supranacional, y es por lo que este Derecho del que tratamos debe vincularse a una tarea de comparación de diversos sistemas jurídicos del mundo; se trata en definitiva de compararlos para comprobar sus similitudes y diferencias<sup>455</sup>.

Llegar a una definición de Derecho comparado es complejo, y así se muestra por las distintas visiones de los expertos en la materia. Respecto de si el Derecho comparado debe considerarse como ciencia jurídica o no, han surgido diversas teorías. En opinión de Gutteridge el Derecho comparado muestra una base propia, sin embargo, no considera que se trate de una rama del Derecho propiamente dicha<sup>456</sup>. Por su parte, otros autores como René David, sin negar la condición de método, reconocen sin embargo que el Derecho comparado implica algo más, pues es en realidad una ciencia jurídica<sup>457</sup>. Hay quienes, como Kötz y Zweigert entienden que hablamos de una

---

<sup>453</sup> R. ALTAMIRA, *Cuestiones de historia de derecho y de legislación comparada* (Madrid 1914) pp. 8 ss.; F. DE SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado* (Barcelona 1954) pp. 47 ss.

<sup>454</sup> Vide P. BISCARETTI DI RUFIA, *Introducción al Derecho constitucional comparado* (México 1975) pp. 13 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid 1983) pp. 84 ss.

<sup>455</sup> K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (Oxford 1992) pp. 2 ss.

<sup>456</sup> Vide H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An introduction to the comparative method of legal and study research* (Cambridge 1946) pp. 1 ss.

<sup>457</sup> R. DAVID-J. BRIERLY, *Major legal Systems in the World today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (Londres 1978) pp. 12 ss.

verdadera rama del Derecho distinta de otras que, aunque estudien otros sistemas jurídicos en diversos aspectos, sólo se encargan de ello de una manera ocasional<sup>458</sup>.

Podríamos concluir que el Derecho comparado es en definitiva una disciplina jurídica que tiene por objeto el estudio del Derecho extranjero, y que permitirá un mejor análisis del Derecho propio a través de su método de investigación.

Los métodos que pueden emplearse en la comparación son distintos, pues puede hacerse un análisis de carácter general respecto de la totalidad del sistema jurídico en cuestión, esto es en su conjunto, o bien respecto de aspectos concretos dentro de una rama específica del Derecho<sup>459</sup>. En cuanto a los estudios que pueden derivar, por tanto, en función de la amplitud del objeto a que se extienda el análisis de otros sistemas jurídicos, pueden ser clasificados de diversas maneras. En primer lugar, autores como Wigmore diferencian entre un estudio limitado a describir otros sistemas jurídicos, el análisis de sus instituciones jurídicas, o bien, basar el estudio de los diversos sistemas jurídicos en criterios cronológicos<sup>460</sup>.

Hug, por su parte, diferencia entre estudiar las contradicciones y las similitudes de los distintos sistemas, centrándose en las posibles soluciones que se dan por éstos ante los mismos supuestos, o bien en la evolución de los sistemas jurídicos en las distintas etapas históricas<sup>461</sup>.

Por último, la clasificación que, a nuestro juicio parece más completa - haciendo referencia a diversos de los criterios ya mencionados- es la expuesta por Peter de la Cruz, pues se refiere a comparar los diversos sistemas para observar diferencias y similitudes, el análisis de las distintas respuestas de tales sistemas ante un mismo

---

<sup>458</sup> K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *An Introduction* cit. pp. 6 ss.

<sup>459</sup> Vide G. FONTANA, *Introduzione al diritto public comparato* (Florenia 1954) pp. 137 ss.; G. LOMBARDI, *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato* (Milán 1986) pp. 32 ss.; J.C. REITZ, *How to do comparative law*, en *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998) pp. 617 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI, *Il metodo comparativo* (Turín 2000) pp. 9 ss. Lo que parece lógico es que, en el caso de un análisis de un aspecto concreto y para poder aplicar unas normas específicas que rijan en el mismo es necesario un conocimiento de carácter genérico respecto de la totalidad de las reglas que rigen el sistema jurídico en cuestión que está siendo objeto de análisis.

<sup>460</sup> J. WIGMORE, *A panorama of the World's Legal Systems* (Minnesota 1928) pp. 1115 ss.

<sup>461</sup> W. HUG, *The story of comparative Law* (Harvard 1932) pp. 1027 ss.

supuesto de hecho, la evolución dentro de un mismo sistema en las diversas etapas históricas, así como un análisis de la relación de causalidad que, en su caso, pudiere existir entre los diversos sistemas jurídicos objeto de la investigación comparativa<sup>462</sup>.

En definitiva, la labor del jurista en el campo del Derecho comparado consiste en dar soluciones a diversos problemas jurídicos mediante la confrontación, estudio, análisis y crítica de las diversas normas e instituciones de distintos sistemas jurídicos en juego.

Para un mejor estudio del Derecho comparado es necesario detenerse en ciertos factores que influenciaron en la evolución del pensamiento y organización político-social de los diversos Estados a lo largo de los tiempos. Así, el modelo parlamentario se instauró en Europa influenciado por distintos factores, como la libertad religiosa, para facilitar la convivencia entre las múltiples religiones existentes; otro de los factores fue la separación de Iglesia y Estado, ya que este último pretendía asumir una serie de finalidades sobre la base de la razón y no de la moralidad. Surge asimismo la idea de la justicia social, lo que termina integrándose como valor esencial de los Estados de Derecho<sup>463</sup>.

Esos factores mencionados anteriormente, entre otros, son los que conforman el contexto socio-cultural en un Estado en el que rige un determinado sistema jurídico, siendo necesario conocer tal contexto para comprender el funcionamiento de las diversas normas e instituciones de un sistema concreto.

Toda la labor de investigación que desarrolla el Derecho comparado implica una función de conocimiento del sistema jurídico extranjero, tanto sus líneas básicas de regulación, como su finalidad y sus mecanismos intrínsecos. Este conocimiento no solo puede ser teórico sino además práctico, a fin de contextualizar los sistemas jurídicos objeto de la investigación comparatista. Ahora bien, los sistemas jurídicos de los distintos Estados, a pesar de la multiplicidad de métodos y principios aplicables según

---

<sup>462</sup> P. DE LA CRUZ, *Comparative Law in a Changing World* (Londres 1995) pp. 7 ss.

<sup>463</sup> Vide E.R. ZAFFARONI, *Dimensión política de un poder judicial democrático* (Buenos Aires 1992) pp. 857 ss.; L. FERRAJOLI, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia en la realidad* (Madrid 1996) pp. 16 ss.; E. DÍAZ-A. RUÍZ MIGUEL, *Filosofía Política II. Teoría del Estado* (Madrid 1996) pp. 65 ss.; G. O'DONNELL, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización* (Buenos Aires 1997) pp. 259 ss.; C.S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona 1997) pp. 202 ss.; B. SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado* (Madrid 1999) pp. 18 ss.



su ordenamiento, permiten en ocasiones mostrar soluciones muy similares ante un mismo supuesto de hecho. Los resultados de la labor comparatista son positivos, pues nos permiten crear categorías jurídicas más amplias, que permiten encajar términos jurídicos diversos con una equivalencia de carácter funcional. Permite en definitiva una mayor comprensión y entendimiento de las sociedades objeto de investigación<sup>464</sup>.

La comparación, sin embargo, acarrea ciertos problemas; así en primer lugar una cuestión de carácter lingüístico, pues pensemos en las dificultades que entraña la traducción de los conceptos jurídicos empleados por los sistemas jurídicos de distintos Estados, en el sentido de que se llegan a traducir como sinónimos vocablos que tienen un valor jurídico y un significado distinto en los sistemas jurídicos de que proceden. Quizá la solución a esta deficiencia pudiera ser la creación de un lenguaje unitario propio de esta ciencia del Derecho comparado, lo que por otra parte, debemos decir, no es baladí<sup>465</sup>.

Otro de los defectos es el hecho de que en la labor de investigación del sistema ajeno no se tengan en cuenta ciertos factores a los que anteriormente hacíamos referencia, como son de carácter social, cultural, político o económico, como elementos esenciales para poder llegar a desgranar el verdadero significado de un sistema jurídico. Es por ello, además, que no debe partirse de un error de raíz como es considerar el sistema propio como el más idóneo para dar solución a la cuestión planteada, debiendo por tanto ahondar en el sistema ajeno para llegar a representar su estructura y su verdadera identidad jurídica<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> Vide A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado* (Madrid 1985) pp. 40 ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS-S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado* (Madrid 1996) pp. 37 ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo* (Madrid 1996) pp. 5209 ss.; L. PEGORARO, *El método en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado*, en *Revista de Estudios Políticos* 112 (2001) pp. 9 ss.

<sup>465</sup> Vide T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milán 1952) pp. 41 ss.; B. BLAGOJEVIC, *Le droit comparé: méthode ou science*, en *RIDC.* 4 (1953) pp. 649 ss.; A. MARÍN LÓPEZ, *Unificación del Derecho privado material y unificación del Derecho internacional privado*, en *RDEA.* 18 (1967) pp. 23 ss.; P. STANZIONE, *Considérations a usu jet des méthodes du droit comparé*, en *RIDC.* 4 (1973) pp. 873 ss.; P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, en *RC.* 155 (1977) pp. 266 ss.

<sup>466</sup> Vide E. BALOGH, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé* (París 1937) pp. 662 ss.; H. VALLADAO, *Private International Law, Uniform Law and Comparative Law* (Holanda 1961) pp. 98 ss.; A. TUNC, *La contribution possible des études juridiques comparatives á une meilleure compréhension entre nations*, en *RIDC.* 16 (1964) pp. 47 ss.; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho*

Para el desarrollo del método comparatista es necesario seguir unos pasos que nos permitan llegar a la finalidad pretendida, el estudio de los diversos sistemas jurídicos en juego. Así, en primer lugar es necesario determinar el contexto socio-cultural de cada uno de ellos, después se requiere un estudio paralelo de tales sistemas, mediante el conocimiento pormenorizado de su estructura, sus fuentes, así como las bases jurídicas sobre las que se sustenta; se pretende con ello llegar a concretar las similitudes y las grandes diferencias de tales sistemas para poder conocer mejor la institución que ha sido objeto de la labor comparativa, observar las posibles soluciones que muestran los diversos ordenamientos jurídicos, alcanzando con ello una visión amplia respecto de las utilidades que, desde un punto de vista práctico, el derecho extranjero podría aportar a nuestro propio ordenamiento<sup>467</sup>. Esta utilidad es posible debido a que el jurista que lleva a cabo la comparación es un sujeto externo, y por tanto, objetivo e imparcial respecto del sistema jurídico externo, objeto de la comparativa.

En conclusión, al hablar de Derecho comparado nos referimos a una comparación de carácter jurídico; se trata de una ciencia propiamente dicha, cuya finalidad es el mejor conocimiento de los datos objeto del análisis que se lleva a cabo a través de la comparación, y con independencia de las utilidades que ello reporte<sup>468</sup>. El

---

*Internacional privado* (Madrid 1976) pp. 66 ss.; P. FRANCESKAKIS, *Une lecture de meureé fondamentale: les Règles générales des conflits de lois de Jacques Maury*, en *RCDIP*. 71 (1982) pp. 3 ss.; P. SARCEVIC, *Global Unification: Problems of Realization* (Bruselas 1989) pp. 943 ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho Internacional privado por los jueces españoles*, en *Cuadernos de Derecho judicial* 1 (1997) pp. 59 ss. Señala A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law* (Athens 1993) pp. 4 ss., que el derecho comparado es superficial, ya que, si es difícil conocer a fondo una rama específica de un sistema jurídico, el conocimiento de su historia y sus relaciones con otro sistema y su historia, es casi imposible. De ahí que, un curso universitario relacionado con un sistema legal extranjero no requiera la profundidad con la que se estudia el derecho propio. El derecho extranjero se puede interpretar equivocadamente. Este error es probablemente más frecuente en el Derecho comparado que en cualquiera otra área del conocimiento jurídico. Lo anterior proviene de un pobre conocimiento de las fuentes originales, conocimiento que se hace aún más difícil por la barrera del idioma. Lo que en otros contextos se puede considerar como un buen conocimiento de una lengua extranjera, tal vez no sea suficiente, o no sea el adecuado con relación a la comparación jurídica. La comparación no es siempre sistemática. Los sistemas seleccionados como objeto de estudio pueden no estar relacionados entre sí y por ello las conclusiones carecerán de significado o serán erróneas.

<sup>467</sup> B. MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology* (Oxford 1997) pp. 36 ss., afirma que el derecho comparado permite construir puentes entre sistemas jurídicos y juristas, aunque para ello haya que destruir algunas afirmaciones clásicas como que el sistema jurídico de un Estado es completo e inamovible; o como que el Derecho extranjero nada aporta al propio. Vide R. POUND, *Mechanical jurisprudence*, en *CLR*. 8 (1908) pp. 605 ss.; O. KAHN-FREUND, *Comparative Law as an Academic Subject*, en *TLQR*. 82 (1966) pp. 40 ss.; L.K. O'CONNOR, *International and Foreign Legal Research: Tips, Tricks, and Sources*, en *CILJ*. 28 (1995) pp. 416 ss.; P. FLETCHER, *Comparative Law as Subversive Discipline*, en *TAJCL*. 46 (1998) pp. 683 ss.

Derecho comparado no es, por el contrario, un mero análisis del derecho extranjero, sino que va más allá, pues tras comprobar las similitudes y las diferencias de los distintos sistemas objeto de la comparación, hace una síntesis comparativa y trata de dar una explicación sobre la base de tales resultados encontrados, para finalmente hacer una valoración de los mismos.

El Derecho comparado, a diferencia de otras ramas jurídicas, está carente de normas o reglas propiamente dichas, es por ello que tan sólo podemos hablar de recomendaciones en la técnica de la comparación jurídica, tal como lo expone Constantinesco<sup>469</sup>. Para la consecución de los fines de la comparación, en primer lugar es necesario delimitar el objeto de la comparación, pudiendo tratarse de sistemas jurídicos completos, la totalidad de un ordenamiento jurídico o tan solo una determinada institución jurídica, debiendo seguirse en el correspondiente análisis el criterio de la extensión del objeto del análisis y la específica posición que ocupa el comparatista<sup>470</sup>.

En cuanto a este último criterio señalado, de la posición del comparatista, es posible que su visión sea totalmente neutral, es decir, abstrayéndose de toda influencia de su propio sistema nacional, sin tomar al mismo como referencia; lo cual es complicado, ya que existe, en nuestra opinión, en todo caso una cierta contaminación por la tradición jurídica de nuestro país de procedencia o del que hemos tomado la base de nuestros conocimientos jurídicos. Sin embargo, desde una perspectiva extrínseca, esto es, comparando nuestro derecho de procedencia con otros derechos extranjeros, se obtiene un resultado a la vez más amplio, en cuanto a poder perfeccionar e interpretar desde otro punto de vista el derecho nacional.

Respecto del primer criterio de valoración, la extensión del objeto de la comparación, deben hacerse varias consideraciones jurídicas. En primer lugar, si el

---

<sup>468</sup> W.J. KAMBA, *Comparative Law: a theoretical framework*, en *ICLQ*. 23 (1972) pp. 485 ss.; A. GAMBARO-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Comparazione giuridica* (Turín 1988) pp. 48 ss.; N.V. DEMLEITER, *Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Challenge in Comparative Law*, en *TAJCL*. 653 (1998) pp. 647 ss.

<sup>469</sup> L.J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado. Introducción al Derecho Comparado* (Madrid 1981) pp. 155 ss.

<sup>470</sup> Vide W. HUG, *The history of comparative law*, en *HLR*.45 (1931) pp. 1027 ss.; R. POUND, *Comparative Law in Space and Time*, en *TAJCL*. 4 (1955) pp. 70 ss.; R. SCHLESINGER, *The Past and Future of Comparative Law*, en *TAJCL*. 43 (1995) pp. 477 ss. Debe apreciarse que a mayor amplitud del objeto del análisis, menor será la precisión de las conclusiones del análisis comparatista.

objeto de la comparación es la totalidad de un sistema jurídico, estaríamos hablando de un análisis macro-comparativo, mientras que si se trata de estudiar una institución jurídica concreta, nos encontraríamos ante un análisis micro-comparativo. En segundo lugar, sin embargo, cuando se trata de analizar ordenamientos que se encuentran agrupados por criterios ideológicos, o bien religiosos o culturales, hablaríamos de un análisis intermedio<sup>471</sup>.

Las diferencias existentes entre los múltiples sistemas jurídicos pueden venir motivadas por la propia evolución histórica, o por razones de carácter político y socio-cultural de los distintos países por los derroteros de la historia, sin que en ningún momento sean criterios o valores inamovibles. Pues bien, para llegar a cumplir con la propia finalidad del Derecho comparado, no basta con comparar las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos en juego, pues es necesario algo más, y conseguir así la valoración crítica que proporciona la técnica *comparatista*; se trata por tanto de conocer las normas y asimismo otros condicionantes, como la relación entre las leyes antiguas y las más modernas, los motivos de las reformas legales o incluso la conexión entre el Derecho interno y otros sistemas supranacionales<sup>472</sup>.

Para obtener un resultado de similitudes y diferencias existentes entre los distintos sistemas jurídicos se ha hablado tradicionalmente de una clasificación de tales sistemas, propuesta por el jurista René David<sup>473</sup>, según la cual se debe distinguir entre sistemas romano-germánicos (en los que se incluyen los ordenamientos jurídicos desarrollados en el continente europeo a partir del Siglo XII, y que posteriormente se han difundido a los territorios en poder de España, Francia y Alemania), sistemas de *common law* (propios de Inglaterra, a raíz de la colonización del Siglo XI, y posteriormente de las colonias inglesas), sistemas socialistas (propios de los territorios rusos con poder soviético y que posteriormente se extendió a zonas dominadas por una ideología comunista) y finalmente los sistemas religiosos, denominados así por tal carácter.

---

<sup>471</sup> J. AYASTA GONZÁLEZ, *El Derecho comparado y los Sistemas jurídicos contemporáneos* (Lima 1991) pp. 217 ss.; M. CASAL PATRICIA, *Recepción del Derecho extranjero como argumento del Derecho* (Argentina 1997) pp. 15 ss.

<sup>472</sup> H. PIRENNE, *De la méthode comparative en histoire* (Bruselas 1923) pp. 8 ss.; P. LEGRAND-R. MUNDAY, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge 2003) pp. 345 ss.

<sup>473</sup> R. DAVID-C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains* (París 1964) pp. 4 ss.

Esta clasificación mostraba ciertas deficiencias, especialmente por la falta de unidad en los criterios en los que se apoya; es por ello que se dieron nuevas clasificaciones alternativas, como la atribuida a Zweigert y Kötz<sup>474</sup>, o la que se debe a Mattei<sup>475</sup>. Éste último basa su clasificación en la variabilidad de tres factores, como son la tradición, la política y el derecho. El autor considera que todos los sistemas gozan de la misma importancia con independencia del factor que prevalezca en uno u otro, superando la tradicional categorización por una distribución geográfica, y creando una visión sujeta a las oscilaciones producidas en los distintos países a lo largo de los tiempos respecto de la trascendencia de cada uno de los factores indicados.

A continuación centraremos nuestra atención en una clasificación basada en los caracteres más significativos de los distintos sistemas jurídicos y en su forma de creación y de interpretación de las normas, de modo que se diferencia entre sistema del *Civil law* o romano germánico, y el del *Common law*, que incluye el Derecho inglés y el estadounidense, así como sus zonas de influencia.

## **B. Aplicación del Derecho comparado**

Zweigert y Kötz señalan como antecedente más remoto del Derecho comparado la obra de Platón, *Las Leyes*, en la que hace un análisis comparativo de los ordenamientos de las ciudades griegas, haciendo un juicio crítico de los mismos<sup>476</sup>. En este sentido, David señalaba cómo los juristas franceses, al comparar en un principio las costumbres de los distintos territorios percibieron una base de principios del Derecho común consuetudinario<sup>477</sup>.

---

<sup>474</sup> Vide K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *An Introduction* cit. pp. 71 ss., quienes clasifican los sistemas jurídicos en romanístico, germánico, angloamericano, escandinavo, el propio de los países socialistas y otros sistemas.

<sup>475</sup> U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica del sistema giuridici* (Milán 1994) pp. 775 ss.

<sup>476</sup> K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *An Introduction* cit. pp. 48 ss., señalan asimismo el estudio hecho por Aristóteles, quien examinó las Constituciones de 153 ciudades.

<sup>477</sup> Vide R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (Madrid 1973) pp. 3 ss, acerca de la necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de signo nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo, en cuanto éste es atributo de toda ciencia.

No obstante lo anterior, el término “Derecho comparado” como tal no llegó a emplearse hasta mediados del Siglo XIX y principios del XX. Los antecedentes más próximos de lo que conocemos como Derecho comparado los encontramos en la creación de la Sociedad de Legislación Comparada, en 1869, y de la Oficina de Legislación extranjera del año 1876; asimismo en el año 1900 tuvo lugar la celebración del Primer Congreso Internacional de Derecho comparado<sup>478</sup>.

Tras la Segunda Guerra mundial se trata de buscar la uniformidad en la legislación, dando lugar a la Sociedad de Naciones (antecedente de la Organización de Naciones Unidas); tal pretensión se buscó hasta el punto de la creación del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado en el año 1926. Esta tendencia a la unificación legislativa se hizo más patente aún tras la Segunda Guerra Mundial, lo que se reflejó en la creación de organismos internacionales, surgiendo además tal necesidad como consecuencia de los avances en los medios tecnológicos y de la comunicación, con la finalidad de conseguir una armonización de los distintos sistemas nacionales<sup>479</sup>.

Para definir el concepto de Derecho comparado, Gutteridge lo explica del siguiente modo: tiene naturaleza descriptiva cuando su finalidad es reseñar las diferencias entre sistemas jurídicos de distintos países, siendo sin embargo un derecho comparado aplicado, cuando tras estudiar el Derecho extranjero lo que pretende es obtener una aplicación bien teórica, bien práctica. La utilidad práctica se consigue mediante la elaboración de teorías abstractas que apoyan un mayor conocimiento de los orígenes y el funcionamiento de diversas instituciones jurídicas, mientras que la utilidad práctica se manifiesta mediante reformas jurídicas que buscan la unificación de los distintos Derechos objeto de la comparación<sup>480</sup>.

---

<sup>478</sup> M. WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?* (Bruselas 1963) pp. 359 ss.; D. TRUCHET, *Les définitions législatives. La confection de la loi* (París 2005) pp. 193 ss.

<sup>479</sup> En este sentido se pronuncian, R. DAVID Y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit* cit. pp. 9 ss., quien expone: “El nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconcebible con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional.” Vide H. FIX ZAMUDIO, *La modernización de los estudios jurídicos comparativos* (México 1989) pp. 65 ss.

<sup>480</sup> H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law* cit. pp. 1 ss.

De Cruz, por su parte, considera al Derecho comparado como una rama propia de las Ciencias Sociales<sup>481</sup>; mientras que Zweigert y Kötz se centran en el aspecto de la internacionalización del Derecho. Es por ello que entienden como Derecho comparado aquél que trata de relacionar distintas normas e instituciones, pero no sólo respecto del propio sistema jurídico nacional, sino entre distintos sistemas jurídicos de países diferentes<sup>482</sup>.

Podríamos en definitiva definir el Derecho comparado como la disciplina jurídica que consiste en el estudio sistemático de los sistemas jurídicos o de normas jurídicas concretas sobre la base del método de la comparación con la finalidad de obtener un mejor conocimiento del Derecho nacional; de modo que permite obtener un tiempo de campo de visión más amplio, admitiéndose diferentes soluciones ante diversos problemas jurídicos para, con ello, lograr una mejor solución desde una perspectiva jurídica.

Ahora bien, otra de las finalidades pretendidas a través del Derecho comparado es que si se obtiene un conocimiento más extenso del Derecho extranjero, se puede favorecer la unificación del Derecho, debiendo realizarse a tal fin un análisis de las relaciones de un sistema jurídico y de sus normas con respecto a otro u otros sistemas jurídicos<sup>483</sup>. Así, la máxima utilidad práctica de la técnica del comparatismo se obtiene cuando llegan a modificarse las soluciones recogidas en un sistema jurídico por las dadas en sistemas jurídicos distintos. El Derecho comparado permite al legislador conocer más ampliamente los hechos que fueron la clave de la creación de la norma jurídica, y tratar de discernir qué elementos se deben trasplantar de un sistema a otro y si es posible adoptar soluciones de distintos sistemas jurídicos al Derecho nacional, siendo, en su caso, necesaria la reforma de la norma.

---

<sup>481</sup> P. DE CRUZ, *Comparative Law in a changing* cit. pp. 5 ss.

<sup>482</sup> K. ZWEIFWERT-H. KÖTZ, *An Introduction* cit. pp. 2 ss.

<sup>483</sup> R. DAVID Y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit* cit. pp. 4 ss.; A., WATSON, *Legal transplants* cit. pp. 4 ss., quien afirma que, estos dos elementos –historia y filosofía del derecho– que se derivan del estudio de las relaciones entre sistemas jurídicos, son los integrantes esenciales del Derecho comparado, como disciplina intelectual autónoma, por derecho propio, además de que, la importancia de la historia de las normas jurídicas ha sido reconocida, desde hace tiempo, por los comparatistas. Es por tanto el factor histórico un elemento esencial en el estudio del Derecho comparado. En definitiva, el autor considera que el Derecho comparado consiste en la labor de delimitar las diferencias y las similitudes en el contexto de una relación histórica.

Dentro de la diversidad de sistemas jurídicos es posible hablar de grupos o familias dentro de ellos, apoyados en idénticos principios económicos, filosóficos y políticos, que emplean similares categorías y métodos, así como un lenguaje común<sup>484</sup>. René y Jauffret-Spinosi hacen una especial clasificación de las familias jurídicas<sup>485</sup>.

En primer lugar debemos hablar de la familia romano-germánica, integrada por los países que apoyan su derecho en la tradición romana y que posteriormente encuentran su punto de apoyo en la ley a través del fenómeno de la codificación. En segundo lugar detengámonos en la familia del *common law*, que incluye a los países que tienen su base en el derecho inglés. La principal diferencia de esta familia con respecto a la anterior es que centra su interés en resolver la controversia, y no tanto en la formulación de unos principios generales<sup>486</sup>.

En tercer lugar se encuentra la familia de los derechos puramente socialistas, que tuvo su origen en la Unión Soviética y que posteriormente se extendió tras la Segunda Guerra Mundial a países de Centroeuropa, del Este y otros de Asia -China, Vietnam, Corea del Sur- e incluso llegó hasta América a través de Cuba.

Finalmente entre otros grupos de sistemas jurídicos señalan los autores al Derecho judío, con un ámbito de expansión muy restrictivo; el Derecho musulmán, como sistema basado en la casuística y con falta de organización en su estructura, con una fuerte base de carácter religioso. El Derecho hindú, por su parte, es propio de la

---

<sup>484</sup> R. DAVID Y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit* cit. pp. 10 ss.

<sup>485</sup> R. DAVID Y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit* cit. pp. 221 ss. Este concepto de familias jurídicas ha sido desechado por los juristas de los países anglosajones, como señala J.H. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica* (México 1971) pp. 15 ss., quien prefiere hablar de tradiciones jurídicas: “Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del Derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el Derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.”

<sup>486</sup> P. ARMIJON-B. NOLDE-M. WOLFF, *Traité de Droit Comparé* (París 1950) pp. 59 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (Milán 1981) pp. 64 ss.; J. GORDLEY, *Common law v. Civil law: una distinzione che va scomparendo* (Milán 1994) pp. 561 ss.; V. ITURRALDE SESEMA, *El precedente en el Common law* (Madrid 1995) pp. 14 ss.



India, el cual establece una serie de pautas, pero no como reglas jurídicas propiamente dichas, sino como reglas que marcan el modo de vida que debe llevarse.

Por último es interesante señalar que aquellos Estados que, en un determinado momento histórico, fueron colonias bajo el dominio inglés, desarrollaron un Derecho sobre la base del *common law*, mientras que las que se encontraron bajo de dominio de otros países, como España, Francia o Portugal, pasaron a crear un Derecho propio de la familia romanista<sup>487</sup>.

Zweigert y Kötz basan su categorización de los derechos de distintos países como pertenecientes a una u otra de las distintas familias jurídicas señaladas en función de diversos criterios, como son, entre otros, los antecedentes históricos, sus instituciones, sus fuentes de Derecho y asimismo la ideología que reina en cada territorio<sup>488</sup>. En opinión de estos autores se debe distinguir entre las siguientes familias jurídicas o grupo de sistemas; la romana, la germánica, la angloamericana, la nórdica y la de tradición socialista.

Respecto de la familia romanista, su estudio se centra en el análisis del Derecho francés, debido a la gran influencia que tal sistema tuvo sobre otros países. Por lo que toca a la familia germánica, y sin obviar la estrecha vinculación que existe con los sistemas jurídicos de la familia anteriormente señalada, y sobre la base sin embargo de las grandes diferencias también existentes entre ambas familias, centra su análisis en la codificación civil de Alemania, Suiza y Austria<sup>489</sup>.

---

<sup>487</sup> R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato* (Turín 1992) pp. 44 ss.; H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit compare*, en *RIDC*. 52 (2000) pp. 503 ss.; V. POCAR, *Guida al diritto contemporaneo* (Roma 2002) pp. 7 ss.; G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato* (Roma 2013) pp. 33 ss.

<sup>488</sup> K. ZWEIFWERT-H. KÖTZ, *An Introduction* cit. pp. 63 ss.

<sup>489</sup> A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo* (Bologna 1999) pp. 10 ss.; D. KENEDDY, *The methods and the politics. Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions* (Cambridge 2003) pp. 345 ss.; R. SACCO, *Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad del derecho*, en *ADC*. 2 (2008) pp. 445 ss.; G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (Roma 2013) pp. 112 ss. Los autores para analizar la familia angloamericana parten del estudio del *common law*, teniendo además en cuenta el desarrollo del Derecho inglés por el mundo y centrando asimismo su interés en el Derecho de Estados Unidos. Por su parte, la familia jurídico-nórdica recoge el Derecho escandinavo, totalmente alejado del *common law*. Por lo que se refiere a las fuentes del Derecho, a la importancia de decisiones judiciales y asimismo a la relevancia de que tales decisiones constituyan derecho en sí mismo; estudian los principios del marxismo-leninismo en base a determinar los rasgos de la familia jurídica de carácter socialista; por último, hablan los autores de la familia jurídica incluyendo el Derecho de lugares del lejano Oriente.

Para comprender las grandes diferencias entre los sistemas continentales y los anglosajones es esencial señalar un factor fundamental dadas las opuestas líneas de formación que siguen los juristas, pues no podemos obviar que mientras los autores de Europa se formaban siguiendo los saberes heredados de la tradición romana, los ingleses seguían su formación en torno a los Tribunales del *common law*, sobre la idea de la centralización de la administración de justicia<sup>490</sup>.

Continuemos observando las grandes diferencias entre ambos sistemas –aunque luego los analizaremos más en profundidad en el presente capítulo–, ya que los sistemas continentales se basan en la norma como Derecho positivo, mientras que el Derecho anglosajón por su parte tiene su fundamento en el proceso<sup>491</sup>. Surgirá así el denominado *common law*, como Derecho constituido por las sentencias judiciales que van definiendo casuísticamente lo que debemos considerar Derecho en cada caso.

La tradición inglesa se expandió como consecuencia del colonialismo a partir del Siglo XVI, sin perjuicio de la existencia de ciertos territorios influenciados por la tradición española o la francesa. Así fueron muchos los países que siguieron los pasos de la tradición del *common law*, como fue el caso de Nueva Zelanda, Australia, Pakistán o India, entre otros.

### **C. Derecho internacional: impulso del Derecho comparado**

El Derecho comparado proporciona un método para el análisis de los conflictos ocasionados entre dos o más Estados, permitiendo un mayor conocimiento de la realidad jurídica de la que surgen. En el ámbito del Derecho privado se trata de establecer una serie de premisas que permiten atribuir seguridad en el tráfico jurídico

---

<sup>490</sup> L.M. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho norteamericano* (Barcelona 1988) pp. 42 ss.; R. POUND, *El espíritu del common law* (Barcelona 1954) pp. 17 ss.; P. FINKELMAN, *American Legal History. Cases and Materials* (Oxford 1991) pp. 23 ss.; P. JAMES, *Introducción al Derecho inglés* (Bogotá 1996) pp. 97 ss.; U. MATTEI, *Common law* (Torino 1992) pp. 122 ss.; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati* (Nápoles 2001) pp. 60 ss.

<sup>491</sup> P. STEIN, *Logic and Experience in Roman and Common law*, en *BULR*. 59 (1979) pp. 433 ss.

internacional, lo que se consigue mediante la armonización legislativa empleando inevitablemente la técnica del Derecho comparado<sup>492</sup>.

El Derecho comparado muestra las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos y puede perseguir un acercamiento entre ellos en aras de la armonización y la unificación del Derecho. Por un lado, permite ampliar nuestro campo de visión, ya que facilita la comprensión de los problemas jurídicos y el alcance de los mismos, así como adquirir una mayor sensibilidad en su resolución. Posibilita asimismo la creación de un lenguaje jurídico de carácter internacional, debiendo poner cuidado en atribuir a un término jurídico empleado por el Derecho extranjero su significado exacto y propio dentro de su sistema jurídico con la finalidad, en definitiva, de armonizar los distintos sistemas jurídicos. Por último, el análisis comparatista obliga a conocer el sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico y llegar a conclusiones concretas respecto de los aciertos o deficiencias de los diversos sistemas objeto de estudio<sup>493</sup>.

La ausencia puede tener una perspectiva exterior en el sentido de que las relaciones privadas de la persona se encuentran relacionadas con más de un ordenamiento. Pensemos por ejemplo en el caso de una persona desaparecida de la que no se tienen noticias que ha dejado bienes en distintos países del mundo.

La incertidumbre acerca de la vida del desaparecido y el desamparo en que quedan sus bienes y relaciones jurídicas son elementos básicos de la ausencia que dan lugar al surgimiento de instituciones diferentes en el plano comparado que, por otro lado, no distan tanto unas de otras, en cuanto a que todas tienden a una finalidad de dar solución a tal desamparo, lo que nos facilita el estudio y entendimiento de las diversas soluciones dadas por los ordenamientos analizados<sup>494</sup>.

---

<sup>492</sup> Vide K.N. NADELMANN, *Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales*, en RCDI. 10 (1958) pp. 37 ss.; PH. MALAURIE, *Loi uniforme et conflits de lois* (París 1967) pp. 85 ss.; J.A CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado* (Madrid 1983) pp. 120 ss.

<sup>493</sup> A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado* (Barcelona 1987) pp. 80 ss.

<sup>494</sup> Es el caso de España, pues así lo refleja nuestra legislación y así lo muestran nuestros autores, como por ejemplo, F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho* cit. pp. 402 ss.; L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho* cit. pp. 290 ss.; sistema acogido asimismo por Francia, tal como señalan M. PLANIOL-G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français* (París 1952) pp. 50 ss.; por ciertos autores en Italia, como F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile* (Nápoles 1981) pp. 24 ss.; y asimismo en Alemania, tal como lo muestra L. ENNECCERUS, *Tratado* cit. pp. 338 ss.

Así, en función de las características de los mecanismos jurídicos adoptados por cada Estado podemos hacer la siguiente clasificación: en primer lugar, los sistemas basados en la declaración de fallecimiento que pretende la obtención de una sentencia judicial mediante la cual se repunte muerto al ausente, reconociéndose a tal resolución una eficacia *erga omnes*; en segundo lugar, sin embargo, encontramos sistemas basados en la declaración de ausencia, que tratan de dar solución a algunas consecuencias derivadas de la situación de ausencia, pero con una eficacia limitada, pues no es posible obtener en ese momento una decisión definitiva sobre la existencia o inexistencia del ausente<sup>495</sup>. A continuación, destacan también los denominados sistemas mixtos-ya mencionábamos como ejemplo de ellos al italiano-, que permite obtener una declaración de ausencia cuando el periodo de esa situación aún es relativamente breve produciendo la anticipación de ciertos efectos sucesorios, y si se prolonga en el tiempo procede entonces la declaración de fallecimiento; y finalmente sistemas basados en presunciones de muerte del ausente, siendo éste el modelo propio de los sistemas anglosajones<sup>496</sup>.

Pues bien, como los sistemas muestran soluciones diversas ante los mismos supuestos, el problema se plantea cuando ante una situación de ausencia debe resolverse una cuestión de competencia judicial internacional en el caso de que tal situación afecte a diversos Estados. Podríamos pensar que tal conflicto debe ventilarse conforme al fuero de la nacionalidad del ausente en el momento de la desaparición, o el del último domicilio o residencia del desaparecido, o bien el del lugar en el que se encuentran los bienes del ausente<sup>497</sup>.

La preferencia por la primera opción podría venir motivado por el hecho de que el Estado de nacionalidad del ausente debe conocer la condición personal de sus ciudadanos y por el hecho de que la materia de la ausencia es una cuestión de estatuto personal y por tanto debe atenderse a la especial vinculación entre el *forum* y el *ius*; el segundo de los fueros tendría sentido si pensamos que los tribunales de ese lugar -del último domicilio o residencia del desaparecido- se encontrarían en las mejores

---

<sup>495</sup> S. GARCÍA CANO, *Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho Internacional privado*, en *BMDC*. 112 (2005) pp. 75 ss.

<sup>496</sup> J. SAMTLEBEN, *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado* (Madrid 1993) pp. 302 ss.; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *¿Cambio de paradigma en la Codificación interamericana del Derecho Internacional Privado?*, en *RMDIPC*.14 (2003) pp. 170 ss.

<sup>497</sup> M. VIRGÓS-F. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional* (Madrid 2000) pp. 34 ss.

condiciones para indagar las circunstancias que rodean al hecho de la ausencia misma; el tercer fuero regiría si pensamos en la necesidad de adoptar ciertas medidas en el mismo país en el que se encuentran los bienes e intereses del ausente. Este último fuero debe en realidad entenderse como complemento de los dos anteriores.

Esta materia de competencia judicial internacional en sede de ausencia se resuelve por nuestro ordenamiento en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyendo la competencia a nuestros Tribunales acudiendo al fuero del último domicilio del ausente, es decir, que será competente nuestra jurisdicción si éste hubiera estado en España. Este criterio prevalece por una cuestión de funcionalidad. Ahora bien la aplicación exhaustiva de este fuero nos lleva a una solución totalmente restrictiva, pues no daría plenas garantías de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, ni permitiría responder a un sistema de competencia judicial internacional justo y eficaz en la materia<sup>498</sup>.

Una vez resuelto el problema de la jurisdicción competente, debemos plantearnos la ley que debe aplicarse al caso concreto. En primer lugar se plantea la solución a través de la aplicación de la *lexcausae*, esto es, la ley que rige la concreta relación jurídica que se ve condicionada o ligada a la situación que deriva de la ausencia<sup>499</sup>.

---

<sup>498</sup> Vide A.L. CALVOCARAVACA, *El Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, en *RCDI*. 2 (2003) pp. 277 ss. No obstante nuestro sistema completa -para evitar tales deficiencias de que hablábamos- ese criterio del fuero del último domicilio del ausente con la posibilidad de la adopción de medidas en aras de conseguir una solución transitoria al problema del abandono de los bienes del desaparecido. Otra de las excepciones a la aplicación del fuero del último domicilio del ausente se produce como consecuencia de la aplicación del fuero de necesidad lo que se produce en el caso de que, ante la falta de un procedimiento en el extranjero para garantizarle una tutela judicial efectiva en los términos requeridos legalmente, y ante la existencia de una necesidad de protección específica, pueda en este caso atribuirse el conocimiento de la materia a la jurisdicción española. Serviría como ejemplo el sistema anglosajón que no reconoce la declaración de fallecimiento, impidiendo con ello obtener una resolución con una eficacia general.

<sup>499</sup> M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Lecciones de Derecho civil internacional* (Madrid 2006) pp. 193 ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Coordinación de ordenamientos jurídicos y problemas de adaptación*, en *RMDIPC*. 25 (2009) pp. 21 ss. Este recurso parece que es el apropiado para los sistemas anglosajones, para los que la decisión concreta relativa a la ausencia de una persona solo tiene eficacia respecto de una concreta relación jurídica controvertida, presentándose la primera como mera cuestión incidental de esta última; sin embargo esta solución es errónea para los países que reconocen un procedimiento específico para los casos de ausencia, y respecto de los cuales se dicta una resolución con una eficacia general, imposibilitando con ello un tratamiento conflictual unitario de esta materia.

Otra de las posibles soluciones es la de acudir a la *lex fori*, esto es, la ley del foro por la estrecha vinculación entre los aspectos materiales y el régimen procesal; esta es la solución ofrecida por el sistema suizo. Sin embargo esta posibilidad también está teñida de complicaciones y deficiencias, ya que es posible separar los aspectos materiales, regidos por la ley del estatuto personal, de los procesales, regulados por la *lex fori*.

El criterio más extendido sin embargo es el de aplicar la ley de la nacionalidad o residencia del ausente en el momento de obtenerse las últimas noticias; este criterio plantea las ventajas de permitir un tratamiento unitario de la materia y de hacer coincidir en muchas ocasiones la ley que se aplica a la totalidad de las relaciones jurídicas que versan sobre los efectos resultantes de la declaración de ausencia, como sucesiones o aspectos de familia entre otros. Ahora bien, este criterio también conlleva ciertos defectos, pues en ocasiones debe tenderse a la aplicación de la *lex fori* en aras de proteger los intereses de terceros que resultan afectados por la situación de ausencia o para la necesaria protección de cualquier otro interés jurídico.

Según nuestra legislación, el estatuto personal del ausente determina los presupuestos materiales de la declaración de ausencia, a quién corresponde ser representante del ausente y sus respectivas obligaciones y facultades, quedando sin embargo al margen el resto de relaciones jurídicas afectadas por la situación de ausencia. Es por ello que determinados aspectos como la situación de defensa de los bienes del ausente se rige por su ley especial, esto es, la *lex fori* que además coincide con la *lex re sitae*<sup>500</sup>.

En cuanto a las resoluciones que derivan de los procedimientos de ausencia o declaración de fallecimiento debemos advertir que no producen efecto de cosa juzgada, ya que no impiden que tenga lugar un nuevo proceso sobre la misma cuestión ni tales decisiones constriñen a los Tribunales ante futuros procesos. El efecto que debe reconocerse por tanto a estas decisiones es constitutivo, en cuanto a que da lugar a una situación jurídica de atribución de la administración sobre los bienes del ausente o sustitutiva de la presunción de muerte.

---

<sup>500</sup> Vide J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho Internacional Privado* (Murcia 2002) pp. 210 ss.

Ahora bien, ¿qué ocurre con las decisiones judiciales extranjeras relativas a una situación de ausencia o declaración de fallecimiento en nuestro país?, ¿qué eficacia tienen?, ¿qué efectos producen? Tales resoluciones producen eficacia pero condicionada a diversos criterios, así debe verificarse la autenticidad de la Resolución, así como respeto del orden público y la competencia del tribunal de origen, todo ello junto con la necesidad de acreditar la no contrariedad de la Resolución en cuestión con otras decisiones judiciales. Finalmente, debe hacerse constar que es posible que la eficacia de una decisión judicial extranjera en sede de ausencia o declaración de fallecimiento sea modificada por un Tribunal español debido a esa falta de efecto de cosa juzgada a que antes hacíamos referencia<sup>501</sup>.

## **II. LA AUSENCIA EN EL DERECHO EXTRANJERO: SISTEMAS CONTINENTALES Y SISTEMAS ANGLOSAJONES**

### **A. La ausencia en los sistemas continentales europeos**

Situaremos nuestro estudio en el periodo inicial de la codificación en España y en el de la postguerra civil española, marcado por un elevado número de las desapariciones y los supuestos de ausencia para, desde esa época originaria, observar las grandes diferencias que ya existían entre los Estados en cuanto a la forma de prever y regular esta materia de la ausencia<sup>502</sup>.

Haremos un análisis del tratamiento de esta materia de la ausencia en diversos países, centrándonos en aquellos que han desarrollado una regulación específica en esta

---

<sup>501</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen* (Madrid 1986) pp. 147 ss.; J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional privado* (Madrid 1995) pp. 343 ss.; A. BORRAS RODRÍGUEZ, *Hacia la supresión del exequatur en Europa. Cooperación jurídica internacional en materia civil*, en *CDJ. 4* (2001) pp. 28 ss.; A. AMORES, *Constitución española y proceso civil internacional. Un balance* (Madrid 2005) pp. 1199 ss.; M. PERTEGÁS, *Recognition and Enforcement of Judgments in Family and Succession Matters* (Padua 2008) pp. 186 ss.

<sup>502</sup> A. MEHREN Y J. GORDLEY, *The Civil Law System* (Boston 1977) pp. 60 ss.; N. BOUZA VIDAL, *Modalidades de unificación y armonización de las legislaciones en la CEE. Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo* (Madrid 1984) pp. 155 ss.; J.H.A. VAN LOON, *The increasing significance of international cooperation for the unification of private international law. Forty years on the evolution of postwar private international law in Europe* (Amsterdam 1990) pp. 122 ss.; F. TERRÉ, *La Codification, en European Review of Private Law* 46 (1993) pp. 31 ss.; M.P. GARCÍA RUBIO, *Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea. La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo* (Madrid 1995) pp. 239 ss.; A. GAMBARO-A. RABELLO, *Towards a New European Ius Commune* (Jerusalén 1999) pp. 21 ss.

cuestión, y cuyo análisis ha llamado nuestra atención a la hora de indagar en las fuentes de referencia, debido fundamentalmente a las grandes similitudes y matices diferenciales con respecto a la regulación de la ausencia en la labor codificadora de nuestros autores españoles<sup>503</sup>.

## 1. Alemania

En el sistema continental, y lejos de la regulación manifestada por los países del sistema anglosajón, encontramos la legislación alemana, que en materia de ausencia ha tratado de proteger hasta el extremo a la figura del ausente, sus bienes e intereses; tanto que no exigía la concurrencia del requisito de la incertidumbre sobre la existencia del desaparecido, previendo su Código civil originario que se nombre a un curador del ausente cuyo paradero se desconoce o que, aun conociéndose, no pudiese volver o incluso se viese imposibilitado para cuidar de su patrimonio.

Otra de las peculiaridades que muestra la legislación civil alemana en sede de esta materia es la distinción entre ausentes y desaparecidos, pues diferencia entre ausencia con carácter general y la calificada<sup>504</sup>.

En este sistema sí que se aprecian importantes diferencias en sede de exposición de las fases de la ausencia, con respecto a los sistemas anteriormente expuestos y asimismo con el español; pues automáticamente cuando dejan de tenerse noticias de una persona se le nombra un curador que cuida de su patrimonio; transcurridos diez años y siempre que el ausente hubiera cumplido treinta y un años, se procede a declarar su ausencia a instancia de parte interesada, bastando con el transcurso de cinco años desde

---

<sup>503</sup> Vide F. GALGANO, *Atlas de Derecho privado comparado* (Madrid 2000) pp. 385 ss.; L.G., MARINONI, *Aproximación crítica entre las jurisdicciones del civil law y del common law y la necesidad de respeto a los precedentes*, en *RUDP*. 2 (2012) pp. 1013 ss.

<sup>504</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español* cit. pp. 310 ss. Refiriéndose a la general como aquella que no se recoge en disposiciones especiales, mientras que la segunda se rige por reglas específicas, comprendiendo esta última tres casos, como son, las desapariciones en guerra, en el mar, o en otro peligro, denominadas desapariciones en accidente.



que se tuvieron las últimas noticias si el desaparecido hubiere cumplido setenta años de edad<sup>505</sup>.

El procedimiento para la declaración de muerte comienza a solicitud de parte interesada, quien debe dar cierto crédito a los hechos motivadores de la ausencia, tras lo cual se hace un requerimiento público por el que se da un plazo para el que ausente comparezca y para que el resto de personas que pudieran tener cualquier noticia sobre él la comuniquen (sea de vida o de su muerte)<sup>506</sup>.

Por otro lado, a efectos personales, con tal declaración de muerte no queda disuelto el matrimonio, tan sólo se presume dicha disolución, por lo que el cónyuge presente puede contraer nuevo matrimonio que será válido salvo que se pruebe que los dos nuevos contrayentes conocían, en el momento de contraer nuevas nupcias, que el ausente vivía; de modo que con el nuevo matrimonio queda disuelto el anterior, y sorprendentemente, aun cuando se revoque la presunción de muerte<sup>507</sup>.

Asimismo la patria potestad concluye con la presunción de muerte, y las tutelas o curatelas ejercitadas por el ausente finalizan con la declaración de muerte, de modo que, aun cuando regrese el ausente, tales potestades no se recuperan por él, sino que deberán reordenarse, en su caso. Todo lo anterior sin perjuicio de que, si el ausente

---

<sup>505</sup> L. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil* (Barcelona 1979) pp. 448 ss.; por otro lado, sin embargo, para declarar la ausencia de quienes están desaparecidos se disponen una serie de reglas específicas, así para el caso de guerra es necesario que hayan transcurrido tres años desde la celebración de la paz o desde el fin de la guerra, en el supuesto de desapariciones en el mar se declarará la ausencia pasado un año a partir de la catástrofe y por último, en los demás casos de desapariciones, esto es, en peligro de vida, es necesario el transcurso de tres años desde la fecha en que ocurrió el acontecimiento que ocasionó la situación de peligro. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España* (Madrid 1984) pp. 504 ss.; J. M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona* (Madrid 1986) pp. 145 ss.; M. ALBALADEJO, *Derecho civil* (Barcelona 1996) pp. 343 ss. Recordemos que, según nuestro Código civil, en caso de ausencia la previsión es la designación de un defensor por parte del juez, mientras que ya en la segunda fase el juez designa a una o más personas para la administración de los bienes del ausente, lo que conlleva la posesión temporal de los mismos, pudiendo adquirir sus frutos.

<sup>506</sup> Vide J.E. MEDINA PABÓN, *Derecho civil: Aproximación al Derecho. Derecho de personas* (Argentina 2010) pp. 510 ss. La muerte se declara mediante sentencia, fijándose en ella el presunto momento en el que concurrió aquella, creando con ello un estado de derecho que con anterioridad era tan solo una situación de hecho. Con tal declaración se supone que el ausente ha muerto en el momento fijado en la sentencia, abriéndose la sucesión del desaparecido y la partición en sus bienes con carácter definitivo, sin perjuicio de que si reaparece el ausente pueda reclamar sus bienes.

<sup>507</sup> Vide M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* (Berna 2006) pp. 74 ss.; I. HOLL, *Textología contrastiva, derecho comparado y traducción jurídica. Las sentencias de divorcio alemanas y españolas* (Berlín 2011) pp. 19 ss.

regresa o bien se tienen noticias suyas, tiene capacidad para recobrar su patrimonio, mediante una acción similar a la de herencia.

## 2. Francia

Como venimos anunciando, la ausencia como verdadera institución jurídica surge a raíz del fenómeno de la Codificación, y el germen fundamental de este movimiento lo encontramos en el *Code* civil de 1804, surgido como consecuencia de la Revolución francesa y con una influencia notable en las legislaciones de diversos territorios. La base de la regulación francesa de la ausencia se encuentra en la reserva de la situación jurídica del ausente, a quien no se le considera fallecido por muy lejana que haya sido su desaparición<sup>508</sup>.

Como también expusimos en otra parte de nuestro trabajo, el *Code* civil diferencia varios periodos en la ausencia<sup>509</sup>; el primero, el de presunción de ausencia, que comienza tan pronto surgen dudas acerca de la existencia del desaparecido, constituyendo este momento una situación meramente de hecho, prevaleciendo los intereses del ausente sobre los de las personas presentes, de modo que se trata en esta fase de adoptar una serie de medidas que permitan la conservación y protección de los bienes del ausente a través del nombramiento de un administrador o curador, para lo que se exige la previa formación de inventario y otra serie de requisitos no especificados concretamente por el *Code*, sino dejados al arbitrio de los Tribunales, e imposibilitar que se tome parte por el desaparecido en una sucesión cuya apertura se produjese en un momento posterior a la desaparición, ya que la existencia del ausente es dudosa; se trata asimismo de prever una tutela de carácter provisional para con los hijos menores del ausente –en defecto de otra tutela prevista y organizada-, y, entre otras, cesa la

---

<sup>508</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire* cit. pp. 27 ss.; R. CASSIN, *The Code Napoleon and the Common Law World* (Nueva York 1956) pp. 46 ss.; J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789* (París 1979) pp. 33 ss.; J. D. J. LÓPEZ MONROY, *El Código civil de Napoleón y los derechos humanos*, en *RDP*. 13 (2006) pp. 81 ss.

<sup>509</sup> Vide M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* (París 1915) pp. 223 ss. En el primer caso se nombra a un administrador del que ha desaparecido y del que no se tienen noticias, mientras que en el segundo periodo, ya hay una presunción de fallecimiento del ausente, desde el momento en el que existe una sentencia que declara su ausencia y se abre su sucesión. Durante el tiempo en el que la ausencia sea meramente presunta, el que se encuentra en esa situación conserva su capacidad para suceder.

presunción de *pater est quem nuptiae demonstrant*, respecto de los hijos concebidos por la mujer del cónyuge desaparecido<sup>510</sup>.

Posteriormente se produce una ausencia declarada con toma de posesión provisional de los bienes del desaparecido, transcurridos cuatro años desde la desaparición o bien desde que se recibieron las últimas noticias del ausente, o en su caso, diez años si hubiera designado un administrador para sus bienes<sup>511</sup>.

La declaración de ausencia ocasiona la entrega provisional de los bienes a los herederos, con la salvedad de que el cónyuge decida continuar la comunidad, lo cual no puede durar más de treinta años; en cualquier caso consiste tan sólo en una posesión de los bienes en concepto de administradores, pero nunca como propietarios, por lo que no podrán llevar a cabo ningún acto de disposición sobre los bienes del ausente.

El último periodo llega una vez transcurridos treinta años de haber tomado posesión provisional de los bienes, o bien si hubiere cumplido cien años el desaparecido, concediéndose a sus herederos la posesión definitiva de los bienes, con la obligación de restituir al ausente que reaparece sus bienes, aunque sólo los que existan y en el estado en que se encuentren, o bien el precio de los que hubieren sido enajenados, o en su caso los que se hubieren adquirido con la suma recibida por la venta de tales bienes del ausente<sup>512</sup>.

En cuanto a los efectos personales, respecto del matrimonio, éste no queda disuelto por la declaración de ausencia, pues si el cónyuge presente contrae nuevas

---

<sup>510</sup> A. COLIN Y H. CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil* (Madrid 1941) pp. 891 ss.; M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia* (Sevilla 1949) pp. 229 ss.; F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960) pp. 136 ss.; J. CARBONNIER, *Derecho civil* (Barcelona 1960) pp. 244 ss.; E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano* (Madrid 1986) pp. 667 ss.; P. LEGRAND, *Le droit comparé* (París 1999) pp. 56 ss.

<sup>511</sup> Vide H. CAPITANT, *Traité de droit civil* (París 1953) pp. 284 ss. En el primer periodo la adopción de las medidas provisionales podría solicitarse por parte del cónyuge del desaparecido, aquellos que tienen derechos sobre sus bienes pendientes de su fallecimiento, o bien el Ministerio público; en esta segunda fase sin embargo se podrá solicitar la declaración de ausencia por parte de los herederos del ausente, sus legatarios, el cónyuge y en general todos aquellos que tuvieren sobre los bienes del mismo algún o algunos derechos subordinados a su muerte. Tras la petición se abre un procedimiento que, con la intervención del Ministerio público, trata de incidir sobre la conducta del ausente y las circunstancias de su desaparición, siendo necesario el transcurso de un año desde la publicación de la circunstancia de la ausencia para que pueda declararse la misma, debiendo transcurrir por tanto un plazo de once o bien de cinco años, según que haya dejado o no nombrado apoderado respectivamente.

<sup>512</sup> P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en Droit* (Bruselas 1974) pp. 48 ss.

nupcias el ausente puede atacarlas mediante la prueba de su existencia. Asimismo la mujer del ausente, a través cualquiera de las formas de manifestación de la ausencia, puede solicitar autorización judicial en los casos en los que se le requiera la autorización marital para actuar<sup>513</sup>. Por último, la situación de ausencia cesa en el momento en que regresa el ausente o bien con su fallecimiento, esto es, en el caso de que termine la situación de incertidumbre sobre la propia existencia del desaparecido.

### 3. Italia

Otro de los sistemas continentales es el italiano, que recogió –en la regulación de la materia de la ausencia- una gran influencia del *Code* francés, pues mantiene los periodos de la ausencia anteriormente expuestos, reduciendo sus previsiones respecto de la primera fase –la de ausencia presunta- a la designación de un representante del ausente y la administración de su patrimonio –con la previa formación de inventario-<sup>514</sup>. En esta primera fase –y al igual que en el sistema francés prevalece una presunción de vida del ausente-<sup>515</sup>.

En la segunda fase rige, sin embargo, una presunción opuesta –la de la muerte del ausente-, una vez transcurridos tres años desde la desaparición o desde que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido, o seis si hubiere dejado procurador general para administrar sus bienes; a tal fase se llega con un periodo previo informativo de seis meses de duración, y si en ese tiempo no se ha obtenido ningún tipo de noticias del desaparecido se dicta una sentencia de declaración de ausencia; ahora bien, si han transcurrido seis meses desde la segunda publicación de tal sentencia y sigue sin tenerse noticias del ausente se hace entrega a los herederos de la posesión temporal de los

---

<sup>513</sup> Vide M. PLANIOL-G. RIPERT, *Tratado elemental de Derecho civil* (México 1983) pp. 557 ss. Según Planiol, si una mujer da a luz después de trescientos días de la desaparición de su cónyuge o de que se tuvieron las últimas noticias sobre el mismo, el hijo nacido en tales condiciones no es legítimo, ni adulterino, de modo que se le considera natural, con derechos sucesorios respecto de la herencia de la madre.

<sup>514</sup> Vide R. MORALES HERVIAS, *La irrevocabilidad del poder. A propósito de una confusión entre contrato de mandato y representación* (Perú 2006) pp. 446 ss.

<sup>515</sup> Vide F. MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial* (Buenos Aires 1979) pp. 136 ss.; G. PRIORI POSADA, *Código civil comentado* (Perú 2003) pp. 695 ss.; M. ARIAS SCHREIBER, *Exégesis del Código civil peruano de 1984* (Perú 2006) pp. 792 ss.

bienes, mediante fianza y formación de inventario, siendo tan sólo administradores. Al igual que el sistema francés, no es posible que el cónyuge presente contraiga nuevas nupcias durante la ausencia<sup>516</sup>.

Por tanto, no hay grandes diferencias con respecto al sistema francés anteriormente expuesto, pues muestran tan sólo discrepancias accidentales, que en nada alteran la sustancialidad de tales regulaciones, sino más bien lo contrario pues son sistemas bastante similares<sup>517</sup>.

#### 4. Portugal

Continuando con el análisis de la ausencia que muestran las legislaciones de los países del sistema continental, debemos detenernos en Portugal que reconoce a este respecto dos periodos diferenciados, de posesión provisional y posesión definitiva, en la que a su vez distingue una primera fase de entrega meramente provisional de los bienes a favor de los herederos presuntos del ausente, y otra segunda, de posesión ya definitiva.

En la primera fase, de curatela meramente provisional, nos encontramos ante un supuesto en el que una persona ha desaparecido de su domicilio o su residencia y no se tienen posteriormente noticias suyas ni ha dejado nombrado apoderado para la administración de sus bienes, con lo que el Juez del lugar del domicilio del ausente podrá nombrar un curador a instancia de parte, todo ello sin perjuicio de la necesidad de adoptar cualquiera otras medidas de conservación de sus bienes que se encuentren en otro lugar.

Esta curatela provisional puede culminar por razones diversas. Puede ocurrir que regrese el ausente, pero para que tal vuelta extinga la citada curatela es necesario que el ausente lo haga al mismo lugar en el que aquélla fue establecida. Otras causas de la

---

<sup>516</sup> Vide M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta* (Milán 1943) pp. 196 ss.; A. VILDÓSOLA FUENZALIDA, *El Nuevo Código civil italiano* (Santiago de Chile 1959) pp. 35 ss.

<sup>517</sup> P. RESIGNO, *Manuale del diritto privato italiano* (Nápoles 1984) pp. 133 ss.; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale de Diritto privato* (Milano 1985) pp. 99 ss.; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO-C. CÁRDENAS QUIRÓS, *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código civil peruano de 1984 en relación con el Código civil italiano de 1942* (Lima 1986) pp. 115 ss.; R. BONINI, *Del codice civile del 1865 al codice civile de 1942* (Milán 1993) pp. 27 ss.; P. LERNER, *El Código civil italiano de 1942 y las reformas al Código civil argentino*, en *BMDC*. 103 (2002) pp. 167 ss.

extinción de esta figura son la presencia de procurador bastante o persona que represente legalmente al ausente, así como por certeza de la muerte del desaparecido o bien por la curatela definitiva. Finalmente los actos llevados a cabo por el curador provisional, de los que además ha rendido cuentas debidamente a la justicia, producen efecto de cosa juzgada contra el ausente o sus representantes<sup>518</sup>.

La segunda fase, la de curatela definitiva, debe declararse por sentencia, previa apertura del testamento cerrado que -en su caso- hubiere dejado el ausente, siendo necesaria la publicación de la existencia del procedimiento. Una vez deferida tal curatela de carácter definitivo, los legatarios y demás personas que tuvieren cualquier derecho sobre los bienes del ausente por razón de su muerte, podrán solicitar que los mismos -o parte de ellos- se les entreguen, con la obligatoriedad de formar inventario y de prestar fianza<sup>519</sup>.

Asimismo hay que diferenciar distintas situaciones en las que puede encontrarse el ausente en función de sus estados civiles, especialmente por lo que se refiere a si está o no casado y si tiene o no descendencia, pues los efectos de la curatela serían diferentes en función de que se dieran unas u otras circunstancias<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Vide L. CLARO SOLAR, *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado* (Chile 1992) pp. 187 ss. La competencia para tal designación, como decíamos, es el Juez del último domicilio del ausente, y en defecto de domicilio, corresponde al de la última residencia, y en ignorancia de la misma, al Juez del lugar donde se encuentre la totalidad o mayor parte de los bienes del desaparecido, debiendo recaer el cargo en el que el Juez competente considera la persona más idónea, con la obligación por parte del designado de hacer inventario de los bienes y prestar suficiente caución. El curador pudiendo tan sólo llevar a cabo actos de administración, debe asimismo rendir cuentas de su actuación ya que en caso de incumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo podría ser removido.

<sup>519</sup> Vide I. AYMERICH OJEA, *Lecciones de Derecho Comparado* (Castellón de la Plana 2003) pp. 142 ss. Las facultades de estos curadores definitivos son sólo de administración, de modo que no tienen capacidad de enajenación sobre los bienes del ausente, salvo determinados casos en que debe procederse a esa enajenación, ya que de otra manera no se solventará la deuda del ausente, o no se evitará la ruina o deterioro de sus propiedades, o por cualquier otra necesidad urgente, como la de hacer mejoras necesarias o útiles, en cuyos casos se requiere la autorización judicial, la subasta pública y la asistencia del Ministerio público.

<sup>520</sup> Vide L. DE CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil en comentario a o Código civil português* (Coimbra 1929) pp. 1 ss. Así si el ausente está casado pero no tiene hijos, según la legislación portuguesa en la materia, el cónyuge presente se encarga de administrar todo el caudal durante un periodo de veinte años o el tiempo que resta hasta que el ausente cumpla noventa y cinco años de edad, pudiendo disponer de sus propios bienes libremente y comportándose como un curador definitivo respecto de los bienes del ausente, adquiriendo la totalidad de los frutos y los rendimientos de los mismos. Si el ausente regresa antes de los plazos mencionados continúa la sociedad conyugal que regía entre los casados. Por el contrario, si el ausente tiene hijos, se materializa la curatela definitiva, y del mismo modo que en el caso anterior se procede a la partición según la naturaleza del régimen matrimonial que regía entre los casados

A efectos matrimoniales, la legislación que estudiamos no reconoce la ausencia como causa de disolución del matrimonio, sin perjuicio de considerar que tal situación de ausencia puede ser una causa, no de tal disolución, pero sí de divorcio, siempre que además se pruebe la culpabilidad, es decir, que exista voluntariedad en tal ausencia y consciencia en que con ello se ocasiona el desamparo del cónyuge presente.

Esta fase de la ausencia cesa con la reaparición del ausente, por la existencia de noticias sobre su existencia o por la certeza de su muerte, o por el transcurso de determinados periodos de tiempo que son, ora veinte años desde su desaparición ora por haber cumplido el ausente noventa y cinco años de edad. Aunque en ambos se exige el transcurso de un determinado plazo para cada caso, lo importante es que los procedimientos son distintos, pues en el supuesto de los veinte años es necesario que se cite al ausente mediante las correspondientes publicaciones, y solo en caso de incomparecencia se procede a extinguir tal curatela de carácter definitivo; ahora bien, si el ausente ha cumplido noventa y cinco años de edad, basta con la presentación de la documentación acreditativa de su fecha de nacimiento.

Por último se prevé el hecho de que, transcurridos tales plazos, se presente el ausente o algún ascendiente o descendiente suyo, haciendo suyos los bienes que existan en el estado en que se encuentren, el precio adquirido por la enajenación de tales bienes o, en su caso, los que se hubieran adquirido con tal cuantía resultante de la enajenación de los bienes; este derecho sólo podrá ser ejercitado en el periodo de diez años desde el término de la curatela definitiva, pues cualesquiera otros herederos sólo podrían reclamar los bienes antes de transcurrir veinte años de la ausencia.

## **5. Rusia**

La materia de la ausencia en sus orígenes vino regulada en el Código civil ruso sólo de manera aislada, ya que las verdaderas previsiones sobre la materia se contenían en una ley especial que constituía, en realidad, el Anexo I de ese Código.

---

en ese momento, pero la parte correspondiente al cónyuge ausente se divide entre los hijos, quienes pueden llevar a cabo actos de administración si son mayores de edad o bien gozan de emancipación.

La legislación rusa, a diferencia de otros sistemas como el nuestro propio, sí considera a la ausencia como una causa de extinción de la capacidad jurídica de la persona, ya que la persona ausente puede ser declarada fallecida si, desde el día en el que se da publicidad a tal situación, han transcurrido cinco años. Tal declaración de fallecimiento procede por sentencia que debe inscribirse en el Registro del estado civil y será la que fije la fecha del mismo fallecimiento. Prevé asimismo que para abrirse la sucesión hayan transcurrido dos años sin noticias del ausente, previos a la declaración judicial de la ausencia<sup>521</sup>.

Estas disposiciones del Código civil se complementan con ciertas previsiones del Código de familia, según el cual el Tribunal que haya dictado la sentencia por la que se declara el fallecimiento de una persona debe comunicarlo al órgano encargado del registro del estado civil del nacimiento del declarado fallecido, y si no es conocido tal dato, se debe comunicar al correspondiente del último domicilio del mismo.

Por último, a diferencia de otros sistemas como el portugués, el régimen ruso prevé tanto la declaración de ausencia como la de fallecimiento como causas de disolución del matrimonio<sup>522</sup>.

## 6. Suiza

Una de las mejores regulaciones de la ausencia le encontramos en la legislación suiza, debido a que las ideas directrices que en esta materia muestra dibujan un esquema simplificado sobre la misma. Se muestran ciertas similitudes en su estructura con la legislación civil alemana, pero reduciendo los plazos, no admitiendo ningún tipo de

---

<sup>521</sup> I. AYMERYCH OJEA, *Lecciones de Derecho* cit. pp. 60 ss. Sin embargo puede ocurrir que el declarado fallecido reaparezca, para lo que la legislación civil rusa dispone que pueda éste reclamar judicialmente el patrimonio que le pertenezca contra los familiares que lo posean o terceros a quienes se haya transmitido por estos últimos, los cuales solo se verán vinculados si en el momento de la adquisición eran conocedores de que tales bienes pertenecían a una persona en la que concurrían tales circunstancias. Y finalmente recoge además que, en caso de que el ausente sea llamado a una herencia es necesario que manifieste su voluntad de aceptarla, por sí o por medio de mandatario, concediéndosele para ello un plazo de seis meses.

<sup>522</sup> Vide C. MORALES GUILLÉN, *Código de familia* (Bolivia 1990) pp. 411 ss.; A. ALESSANDRI, *Tratado de Derecho civil: Partes preliminar y general* (Chile 1998) pp. 107 ss.; J. CALVO Y L. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, *Legislación soviética moderna: traducción directa del ruso, de los Códigos vigentes en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* (México 1947) pp. 110 ss.



presunción -ni de vida ni de muerte-, abriendo la sucesión del desaparecido una vez declarada su ausencia<sup>523</sup>.

Por otro lado y a diferencia de los sistemas anteriormente expuestos, en concreto el francés, el italiano y el nuestro propio, la legislación suiza no contempla diversas fases de la ausencia, sin perjuicio de prestar atención a los intereses del ausente para lo que se prevé el nombramiento de un curador del no presente cuya residencia se desconoce hasta que se declare su ausencia, cuando se trata de realizar un negocio urgente si no se ha designado representante por el mismo desaparecido.

El Código civil suizo, al igual que el alemán, diferencia entre ausencia y desaparición, esta última sólo para el caso de que venga motivada por un peligro de muerte, pues en ese supuesto es necesario que transcurra el plazo de un año desde que aconteció el riesgo de muerte para que se declare la ausencia, siendo necesario en cualquier otro caso el transcurso de un plazo mayor de cinco años, contado desde las últimas noticias, pero no desde el momento en que se conocieron las mismas, sino desde el momento en el que se emitieron, ya que se considera que es en ese preciso momento en el que comienza la situación de incertidumbre sobre la existencia del ausente.

El procedimiento seguido por el sistema suizo para declarar la ausencia es, de nuevo, similar al que marca la legislación alemana, es decir requiere dos publicaciones como mínimo. Así no podrá declararse la ausencia hasta que haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la concurrencia del peligro de muerte, o seis años desde las últimas noticias, pero no desde que se recibieron, sino desde que se emitieron<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> [http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7316/dyo5\\_5.pdf?sequence=1](http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7316/dyo5_5.pdf?sequence=1) (Consulta de 10 de septiembre de 2015)

<sup>524</sup> Vide M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional* (Madrid 1960) pp. 462 ss.; L. SANTONIA, *Normas de Derecho Civil Internacional sobre donaciones y sucesiones* (Jaén 1977) pp. 55 ss.; M. DE LASALA LLANAS, *Derecho Internacional Privado* (Madrid 1987) pp. 528 ss. La declaración de ausencia procede a instancia de parte interesada, es decir los herederos presuntos del ausente, los legatarios, el cónyuge, los nudos propietarios (pero no los acreedores). Esta regla general tiene un par de excepciones en las que la ausencia se declara de oficio, son los casos en los que los bienes del desaparecido han permanecido administrados de oficio durante diez años, o en los que el ausente ha llegado a cumplir la edad de cien años. Tal declaración produce los mismos efectos que si la muerte se hubiera probado, pues se abre la sucesión en los bienes del ausente, pasando a sus herederos con carácter definitivo, sin perjuicio de la obligación que sobre ellos recae de prestar unas garantías para posibles restituciones posteriores. Se considera igualmente como un fallecimiento a efectos registrales, esto es, que se inscribe en el registro de defunciones, eso sí, sin perjuicio de que pueda quedar sin efecto si se prueba que los hechos que justificaban tal declaración no eran tales.

Por último prevé la legislación de Suiza que en caso de conflicto de leyes en materia de ausencia prevalece el criterio de la nacionalidad del ausente, con independencia del lugar en que se encuentren los bienes en disputa.

## **B. LA AUSENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS HISPANOAMERICANOS**

Del mismo modo que hemos hecho un análisis de la regulación sobre la ausencia existente en diversos países pertenecientes a los que denominamos sistemas continentales, debemos a continuación señalar el tratamiento de esta materia por los países pertenecientes a los sistemas anglosajones, que más han llamado nuestra atención en su indagación, como consecuencia de las particularidades que muestran en tal tratamiento.

### **1. Argentina**

La legislación civil de Argentina tomó su base del sistema alemán distinguiendo en materia de ausencia dos fases, la de posesión provisional y otra definitiva. No prevé por tanto una fase previa a la declaración de ausencia en la que rige una presunción de fallecimiento<sup>525</sup>.

Este sistema viene presidido por dos ideas fundamentales, la primera es la de la concurrencia del elemento de la incertidumbre acerca de la propia existencia del desaparecido, y en segundo lugar rige una presunción legal de fallecimiento<sup>526</sup>. Sí diferencia de manera acertada esta legislación extranjera entre ausentes y desaparecidos. La ausencia de una persona durante un plazo de seis años desde su desaparición o en su caso desde que se emitieron (que no recibieron) las últimas noticias, provoca la presunción de fallecimiento; tal presunción se ocasiona asimismo en los casos de desaparición, la cual viene motivada por no tenerse noticias durante tres años de quien

---

<sup>525</sup> R. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino* (Buenos Aires 1964) pp. 895 ss. Por Ley de 22 de diciembre de 1954 se diferenció entre una declaración de ausencia y la de muerte presunta

<sup>526</sup> L. MOISSET DE ESPANÉS, *Ausencia y desaparición* (Buenos Aires 1975) pp. 12 ss.

ha desaparecido siendo gravemente herido en conflicto de guerra, por naufragio de un buque perdido o por causa de incendio, terremoto u otro suceso semejante<sup>527</sup>.

Tras solicitarse la declaración de fallecimiento por las personas interesadas, el Juez debe proceder a nombrar a un defensor del ausente y un curador de sus bienes en el caso de que no hubiere dejado nombrado administrador. Una vez se cumplan los requisitos formales exigidos por la legislación –en que ahora no debemos detenernos– así como practicadas las pruebas que fueron presentadas, el Juez declara la ausencia con fijación del día presuntivo del fallecimiento y se abre el testamento cerrado que, en su caso, haya dejado el ausente<sup>528</sup>.

Esta primera fase puede cesar por distintas causas; por reaparecer el ausente, por tenerse noticias ciertas del mismo, o bien por llegar el segundo periodo al haber transcurrido quince años desde su desaparición o bien desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, o por haber cumplido ochenta años el ausente en cuyo caso se transfiere a los herederos la posesión definitiva sobre los bienes, ya sean herederos instituidos por existencia de testamento, o bien herederos presuntos, legatarios y demás personas que tengan derechos sobre los bienes del que se encuentra en dicha situación supeditados a su muerte. De lo anterior resulta que los herederos son considerados verdaderos propietarios sobre los bienes adquiridos con facultades de disposición sobre los mismos<sup>529</sup>.

---

<sup>527</sup> D. BARBERO, *Sistema de Derecho privado* (Buenos Aires 1967) pp. 228 ss.; A. BELLUSCIO-E. ZANNONI, *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* (Buenos Aires 1979) pp. 4 ss. Las causas de desaparición son, por tanto, las mismas que las que se recogen por la legislación alemana para tales casos, aunque con la diferencia de que esta última dispone plazos diferentes en función de que la causa de la desaparición haya sido en guerra, en mar o en cualquier otro supuesto de peligro para la vida, mientras que este sistema argentino dispone el plazo común de los tres años para todas las causas que hayan motivado la desaparición de un sujeto.

<sup>528</sup> L.M. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio* (Argentina 2006) pp. 144 ss. Con tal declaración de ausencia se hace entrega a los herederos presuntos del ausente, como meros administradores o poseedores provisionales, de los bienes que formen parte del patrimonio del no presente el día de su presunto fallecimiento, los derechos hereditarios que le correspondan en esa fecha sobre una sucesión abierta y los frutos producidos por esos bienes.

<sup>529</sup> G. BORDA, *Manual de Derecho civil* (Buenos Aires 1972) pp. 74 ss.; R. ZORRAQUIN BECÚ, *Historia del Derecho argentino* (Buenos Aires 1978) pp. 87 ss.; J.J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil* (Buenos Aires 1995) pp. 186 ss.

## 2. Brasil

La legislación de este país considera que la ausencia es una forma de incapacidad absoluta de actuación en la vida civil. Lo primero que hace -y prácticamente al unísono con respecto al resto de legislaciones de los distintos sistemas tanto continentales del *common law*- es prever la designación de un curador para el caso del desaparecido de su domicilio sin tenerse posteriormente noticias suyas y sin haber dejado apoderado para la administración de sus bienes, o aun cuando habiéndolo designado no pueda éste o no quiera ejercer el mandato. Las facultades de actuación y las correspondientes obligaciones del mismo deben ser concretadas por el Juez, ahora bien, de conformidad con las reglas establecidas para los tutores; asimismo se dispone un orden de preferencia en la llamada a ser curador que tiene carácter excluyente<sup>530</sup>.

Si el ausente es progenitor y deja hijos menores, la patria potestad corresponde al otro cónyuge, pero si ha fallecido o no tiene derecho al ejercicio de tal potestad se prevén una serie de medidas de protección de los menores mediante, entre otras, la designación de tutor.

Por último, si el ausente regresa en un periodo de diez años desde la apertura de la sucesión definitiva, o en su caso algún ascendiente o descendiente, estos harán suyos los bienes que existan y en el estado en que se encuentren, el precio adquirido por la enajenación de éstos, o bien, los que se hubieran obtenido con el valor de tales enajenaciones<sup>531</sup>.

---

<sup>530</sup> Deben haber transcurrido cuatro años o dos, en función de que el ausente haya dejado o no representante o procurador, para que se proceda a la apertura provisional de la sucesión a instancia de parte interesada. Tras el procedimiento correspondiente con todas sus formalidades se dictará la oportuna sentencia por la que se declara la ausencia, la cual tras el plazo de seis meses desde su publicación producirá la apertura de la sucesión como si el ausente hubiera fallecido, entregándose los bienes a los presuntos herederos mediante la prestación de la correspondiente garantía; ahora bien, los bienes inmuebles se deben entregar a los sucesores más idóneos quienes no tendrán capacidad para enajenarlos sino con la necesaria autorización judicial. En este periodo, siendo el ausente el marido, la administración del patrimonio familiar corresponde a la mujer del desaparecido, si bien requiere la correspondiente autorización judicial para enajenar los bienes inmuebles tanto los comunes como los del cónyuge ausente. Los bienes pasan a los herederos con carácter definitivo transcurridos treinta años desde la firmeza de la sentencia que acuerda la apertura de la sucesión de modo provisorio, o bien cuando se prueba que el ausente ha llegado a la edad de ochenta años y han transcurrido cinco desde que se tuvieron las últimas noticias. En tal caso se presume la muerte del ausente y se cancelan las garantías prestadas, pero ello no es suficiente para la disolución de la sociedad conyugal.

<sup>531</sup> Vide E.M. POLLOCK, *The story of comparative jurisprudence*, en *JSCL*. 2 (1905) pp. 74 ss.; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La desaparición en el nuevo Código civil de 1984* (Lima 1988) pp. 34 ss.;

### 3. Chile

La legislación civil de Chile no recoge la materia de la ausencia de manera unitaria y organizada, sino de forma dispersa reconociendo dos periodos, de nuevo de posesión provisional y definitiva, e incluyendo ciertas disposiciones respecto de lo que denomina “curatelas de bienes”<sup>532</sup>.

Lo realmente característico de esta legislación extranjera es el hecho de admitir la posibilidad de designar a varios curadores en el supuesto de la existencia de bienes cuantiosos del ausente. Puede asimismo ocurrir, y así lo prevé el Código chileno, que el ausente hubiera dejado nombrado procurador para ciertos negocios ante lo que se originaba una subordinación de éste al curador; ahora bien, este curador no podría prescindir de las indicaciones que aquel curador hubiera recibido previamente del ausente sino con la correspondiente autorización judicial<sup>533</sup>.

El segundo periodo de la presunción de muerte llega una vez transcurridos cuatro años desde que ha desaparecido el ausente con ignorancia de su paradero o desde que se tuvieron las últimas noticias sobre su vida. Pero con ello no se puede hablar más que de mera ausencia, correspondiendo a los apoderados o representantes del ausente el cuidado de sus bienes, pues hay que esperar que transcurran diez años desde las últimas noticias para que los presuntos herederos adquieran la posesión provisional de los mismos y bajo las obligaciones de prestar fianza y formar inventario. A esta regla general debe añadirse una excepción, ya que si transcurridos esos diez años de que hablamos se prueba que el ausente ha cumplido ochenta años de edad se concedería a los herederos la posesión sobre los bienes, pero no ya de carácter provisional, sino de manera definitiva.

---

D. DE FIGUEIRIDO, *Consideraciones sobre la participación en el Derecho Comparado Brasil-España*, en *RAP*. 152 (2002) pp. 73 ss.

<sup>532</sup> M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Evolución del Código civil chileno* (Bogotá 1983) pp. 12 ss. En primer lugar se prevé la posibilidad de nombrar un curador de los bienes de quien ha desaparecido de su domicilio sin saberse su localización, sin haber dejado procurador que se haga cargo de sus negocios, y ocasionando con ello un perjuicio grave al mismo que se encuentra ausente o bien a terceros. Respecto de la persona sobre la que debe recaer tal nombramiento se establece un orden de preferencia, pudiendo el Juez no respetar tal criterio a petición de los herederos legítimos del ausente o de sus acreedores si concurren circunstancias que lo hicieran oportuno.

<sup>533</sup> L. CLARO SOLAR, *Lecciones de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago de Chile 1979) pp. 236 ss.

Tal posesión definitiva se produce una vez han pasado treinta años sin tenerse noticias del ausente, con cancelación de las fianzas prestadas y abriéndose la sucesión en los bienes, adquiriendo con ello los herederos la verdadera propiedad con facultades de disposición sobre los mismos<sup>534</sup>.

Asimismo el Código civil chileno recoge la distinción que venimos reiterando entre ausentes y desaparecidos, estos últimos casos son los motivados por haber sido heridos gravemente de guerra o haber sufrido el naufragio de buque o cualquier otro peligro semejante; ante tales circunstancias procede la declaración judicial de presunción de muerte fijándose como día de la misma el de la acción de guerra, de naufragio o del peligro inminente en cuestión, y no pudiendo determinarse el mismo se fijará un término medio entre el principio y la fecha final de la época en que ocurrieron los acontecimientos. En estos casos de desaparición, y a diferencia de los de ausencia propiamente dicha, al adquirirse una certeza sobre la muerte del sujeto desaparecido se produce una verdadera transmisión y posesión definitiva sobre sus bienes por parte de sus beneficiarios<sup>535</sup>.

#### 4. México

El Código civil mexicano ha sufrido diversas reformas, y ya se observó tal fenómeno en fecha 30 de agosto de 1928 con la pretensión de sustituir el Código anterior –tildado de individualista–, por otro más acorde con los valores del Derecho civil moderno<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> Vide M. RAMÍREZ NECOCHEA, *Curso de Derecho Internacional Privado chileno* (Santiago 1990) pp. 94 ss.; H. GREDIER MACHADO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional* (Madrid 1996) pp. 82 ss. Para poder ejercitarse la acción por parte de una persona cuyo derecho suponga la muerte del ausente debemos diferenciar en función de que tal suposición de muerte lo sea en la fecha de la muerte presunta, o en su caso, antes o después de esta fecha concreta; pues en el primer caso tal persona puede ejercitar su derecho sin necesidad de la prueba de la muerte del desaparecido mientras no se presente prueba en contrario, mientras que en el segundo de los casos para que un tercero pueda ejercitar esa acción es necesaria tal prueba.

<sup>535</sup> J.VALENCIA, *The Centenary of the Chilean civil Code*, en *AJCL*. 7 (1958) pp. 71 ss.; M. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio* (Santiago de Chile 1961) pp. 33 ss. Este último expone que la sucesión se abre al dictarse los Decretos de posesión provisoria o definitiva: “En el caso de la muerte presunta, la apertura de la sucesión se produce al dictarse el decreto de posesión provisional de los bienes; si no ha existido posesión provisional, al dictarse el decreto de posesión definitiva”.

En materia de ausencia distingue entre los no presentes y los ausentes. En la primera situación se encuentra aquel que ha desaparecido de su última residencia pero ha dejado apoderado con anterioridad o después de su marcha, entendiendo que los negocios podrán llevarse a cabo con el apoderado hasta donde alcance su poder. La ausencia propiamente dicha viene motivada por la desaparición de una persona ignorándose el lugar en el que se encuentra así como su representante, para lo que judicialmente se designa a un depositario de sus bienes<sup>537</sup>.

La declaración de ausencia ocasiona asimismo la interrupción de la sociedad conyugal del ausente, haciéndose entrega de los bienes que le correspondan al cónyuge presente pudiendo disponer de ellos, mientras que los bienes del ausente se entregan a sus herederos<sup>538</sup>.

Transcurridos seis años desde la declaración de ausencia se produce la presunción de muerte, salvo los casos de desaparecidos y no ausentes propiamente dichos, esto es, la desaparición ocasionada con motivo de guerra, naufragio de buque, terremoto, una explosión, incendio o una inundación o siniestro semejante, en los que basta con el paso de dos años desde el acontecimiento de la desaparición sin la

---

<sup>536</sup> J. ARCE Y J.A. SÁNCHEZ-CORDERO, *Libro del cincuentenario del Código civil* (México 1978) pp. 351 ss.; M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El Derecho civil en México: 1821-1871* (México 1988) pp. 57 ss.

<sup>537</sup> E. DUBLÁN, *Legislación mexicana* (México 1886) pp. 362 ss. Es necesaria una publicación de la citación al ausente para que comparezca, mediante edictos cuyas copias se remitirán, incluso, a los Cónsules mejicanos en otros países en los que pudiera encontrarse presumiblemente el ausente. En los supuestos de falta de comparecencia del ausente o cuando caduque el poder conferido por éste o por insuficiencia para el negocio concreto se nombrará un representante, cuyo cargo recaerá sobre las mismas personas designadas como depositarias de los bienes y por el orden excluyente que se fija en la legislación para su designación. Tal representante cumple en definitiva las facultades de administrador de los bienes del ausente, recayendo asimismo sobre él la obligatoriedad de publicar edictos para nuevas citaciones del desaparecido cumpliendo los requisitos formales que correspondan; de modo que ante su incumplimiento se produce la remoción y debiendo asimismo responder de los daños y perjuicios ocasionados, en su caso, al ausente por tal falta de diligencia en su actuación. Las funciones del representante y su propio cargo en sí mismo cesa por el hecho de reaparecer el ausente, por su muerte, por la presencia de apoderado legítimo y por la posesión provisional. La declaración de ausencia no podrá declararse sino cuando hayan transcurrido dos años desde que se nombró al representante, o tres años en el caso de que hubiera dejado apoderado general para la administración de sus bienes desde la desaparición o fecha en la que se tuvieron las últimas noticias. Esa declaración produce la apertura del testamento del ausente, si lo hubiera otorgado y la entrega de la posesión provisional de los bienes a los herederos con la obligación de prestar fianza como condición del cese de la administración del representante.

<sup>538</sup> Vide M. RÁBAGO, *Codificación en Derecho Internacional privado en México* (México 2006) pp. 166 ss.; N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Derecho privado en México. Las relaciones de tráfico jurídico interestatal* (México 2013) pp. 274 ss.

necesidad de la previa declaración de ausencia, sin perjuicio de ciertas medidas provisionales. Con la presunción de muerte se transmiten los bienes a los herederos pero con un carácter ya definitivo, cancelándose las fianzas que hubieran sido prestadas<sup>539</sup>.

Finalmente señalar que establece unas disposiciones similares a las establecidas por el sistema español en sede de derechos eventuales del ausente.

## 5. Panamá

La legislación de Panamá en materia de ausencia recoge como medidas provisionales la designación de un curador, que además ejerce de tutor de los hijos menores del ausente, y de manera análoga al sistema alemán recoge una previsión específica consistente en la designación de un curador especial para aquel negocio correspondiente a una persona que de manera accidental se encuentre imposibilitada para hacer valer sus derechos por sí o por medio de representante legal. Asimismo recaerá sobre la mujer la administración de la sociedad de gananciales en el caso de que pida la declaración de ausencia de su cónyuge desaparecido<sup>540</sup>.

Por otro lado dispone una previsión asimilada al sistema español en cuanto a las causas que determinan el cese de la administración que recae sobre los bienes del ausente. Una vez transcurridos quince años desde la desaparición o desde que se tuvieron las últimas noticias sobre el ausente procede la declaración de presunción de su muerte, abriéndose con ello una verdadera sucesión. Por lo demás, en cuanto a los plazos necesarios para el establecimiento de las distintas fases de la ausencia y sus efectos se dan soluciones muy similares a las recogidas por nuestro Código civil.

---

<sup>539</sup> Vide M. BECERRA RAMÍREZ, *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho interno* (México 2006) pp. 59 ss.; H. PÉREZCANO DÍAZ, *Tratados Internacionales en el orden jurídico mexicano* (México 2007) pp. 249 ss. Si posteriormente a la posesión definitiva atribuida a los herederos se presenta el ausente o bien se prueba su existencia, el reaparecido recupera sus bienes en el estado en que se encuentren, o bien el precio obtenido por su venta o, en su caso, los que a la vez se hubieran adquirido con el valor obtenido de la venta de los bienes del ausente.

<sup>540</sup> D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana*, en *AJEE*. 27 (1994) pp. 73 ss.



## 6. Venezuela

La legislación de este país recoge una primera disposición según la cual se nombrará un defensor a una persona no presente pero de la que, sin embargo, no se dude de su existencia, en el caso de que fuera demandada y no tuviera a quien le represente, estos son casos de mera no presencia, pero no de ausencia en términos puramente jurídicos<sup>541</sup>. Si hubieran transcurrido diez años en esa situación de ausencia declarada o bien el ausente ha cumplido cien años, esa declaración de ausencia pasa a ser de presunción de muerte, transmitiéndose los bienes a los herederos con un carácter no ya meramente provisional sino definitivo, con facultades de disposición sobre los mismos, anulándose las garantías previamente constituidas. Tal declaración de ausencia cesa además por el hecho de reaparecer el ausente o de darse prueba de su existencia<sup>542</sup>.

A efectos matrimoniales la declaración de ausencia de uno de los cónyuges es causa de disolución de la respectiva sociedad conyugal, ahora bien, no es causa de divorcio propiamente dicha<sup>543</sup>. Se establecen en este Código disposiciones análogas a las del Código brasileño en materia de patria potestad sobre los hijos, y otras similares al Código civil español en materia de derechos eventuales del ausente<sup>544</sup>.

---

<sup>541</sup> Vide L. BASTIDAS, *Comentarios y reparos al Proyecto de Código civil* (Caracas 1938) pp. 337 ss.; H. BINSTOCK, *Studia Iuridica* (Caracas 1973) pp. 9 ss. Respecto de esta última también se recogen ciertas especificidades; en primer lugar, define la presunción de la ausencia como la circunstancia que se produce cuando una persona ha desaparecido de su último domicilio o última residencia, y de quien no se han tenido más noticias. Si ha dejado apoderado solo se determinará por el Tribunal lo que proceda respecto de los actos para los que el apoderado no tenga facultad de actuación; en caso de no haber dejado tal apoderado las previsiones hechas por aquél deben ser más amplias, así por ejemplo, el nombrar persona que represente en juicio al ausente, o para la formación de inventario, o en las liquidaciones o particiones en las que el ausente tenga cualquier tipo de interés y cualesquiera otras necesarias relativas a la conservación del patrimonio. Transcurridos tres años, o seis si el ausente dejó apoderado, se procederá a declarar la ausencia judicialmente a instancia de parte interesada. Tras la firmeza de la sentencia por la que se declara tal ausencia se concede la posesión provisional a favor de los herederos, quienes están simplemente facultados para llevar a cabo actos de administración, pero no de disposición salvo autorización judicial.

<sup>542</sup> Vide F. LÓPEZ HERRERA, *Derecho de sucesiones* (Caracas 1997) pp. 41 ss.

<sup>543</sup> L. HERRERA MENDOZA, *La disolución del matrimonio por la muerte presunta del ausente* (Caracas 1945) pp. 7 ss.

<sup>544</sup> Vide J. SANOJO, *Instituciones de Derecho civil Venezolano* (Caracas 1873) pp. 193 ss.; Comisión Codificadora Nacional, *Exposición de motivos y Proyecto de Código civil de 1942* (Caracas 1941) pp. 70 ss.; G. PARRA ARANGUREN, *Los derechos sucesorios del cónyuge supérstite*, en *Revista de la Facultad de Derecho* 9 (1956) pp. 41 ss.

## C. INFLUENCIA Y CONEXIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* EN MATERIA DE AUSENCIA. RASGOS GENERALES

Antes de analizar la ausencia en los sistemas del Common law, y vistos los sistemas continentales, vamos a destacar varios aspectos de estos últimos que deben quedar resaltados.

El *Code* napoleónico ha servido de base a otras legislaciones extranjeras -como la belga-, y ha tenido gran influencia en otros ordenamientos que, aun adoptando el esquema del sistema germánico, han venido a incorporar elementos de la regulación francesa originaria. De este esquema basta señalar que los efectos de la ausencia son distintos en función de lo que se prolongue en el tiempo, pasando así de una posesión provisional a otra definitiva, la cual se asimila a la situación derivada del fallecimiento de la persona ausente, ahora bien prevalece en todo caso la idea de la vuelta del ausente.

El sistema germánico se aleja de este esquema mostrado por el *Code* francés pues recoge la presunción de muerte como base jurídica distinta de la ausencia. Esta regulación germánica es seguida por otras como la suiza y por la actual regulación francesa, que se ha alejado de sus principios tradicionales en esta materia<sup>545</sup>. Por lo que respecta a la ya mencionada legislación suiza, efectivamente recoge ciertos elementos de la ausencia napoleónica originariamente regulada, sin embargo es más afín al esquema germánico, pues su declaración de ausencia es en realidad una declaración de presunción de muerte. Este esquema del sistema germánico ha influido en la legislación de otros Estados, pero no sólo continentales, sino también en algunos latinoamericanos, como el caso de Colombia<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> Vide J. BONECASSE, *Elementos de Derecho civil, Regímenes matrimoniales y Derecho de sucesiones* (México 1946) pp. 311 ss.; P. ESMEIN, *Droit Civil français* (París 1949) pp. 217 SS.; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil* (Madrid 2002) pp. 256 ss.; G. CORNU, *Vocabulaire Juridique* (París 2002) pp. 177 ss. La actual regulación francesa es consecuencia de la reforma operada por Ley número 1447, de 28 de diciembre de 1977. Según el nuevo sistema procede la declaración de ausencia en el caso de que hayan transcurrido diez años desde la fecha en que se dictó la sentencia que ha constatado la ausencia –si además ha existido previamente una declaración de mera presunción de ausencia-, o bien al cabo de veinte años de la desaparición en el caso contrario. Se mantiene asimismo la *déclaration de décès*, como situación equivalente a la ocasionada con la presunción de muerte por ausencia cualificada, debido a la gravedad de las circunstancias que concurren.

<sup>546</sup> Vide L.F. SERRANO, *Código de Procedimiento civil* (Bogotá 1989) pp. 209 ss. En virtud del artículo 657 del Código de Procedimiento Civil de 1970 se operó una importante modificación en la regulación de

No podemos dejar de mencionar los sistemas mixtos entre la declaración de fallecimiento germánica y el sistema de ausencia napoleónico; son los que prevén en un primer momento una serie de medidas provisionales y urgentes respecto de los bienes del ausente, y una vez que la situación de ausencia se prolonga en el tiempo, entonces se encarga la administración de los mismos a los parientes o posibles herederos del ausente, lo que permite apreciar los principios básicos del sistema napoleónico, y al mismo tiempo prevén una declaración de muerte con efectos análogos al fallecimiento propio del sistema germánico<sup>547</sup>.

Como ejemplo de estos sistemas mixtos destacamos el recogido en la legislación italiana, cuyo Código originario transcribía prácticamente el sistema napoleónico, recogiendo la presunción de muerte en un momento posterior en virtud de Real Decreto Ley de 15 de agosto de 1919 para los desaparecidos en guerra. Asimismo no podemos dejar de reseñar como otro de los modelos típicos de este sistema mixto el tratamiento que de la ausencia hace nuestro Código civil, tras la reforma operada en el año 39 y que, ya analizado a lo largo de nuestro estudio, no procede desgranar en este momento. Como hemos visto en unas líneas más arriba el sistema de ausencia recogido por la legislación de Portugal y de Argentina son otros dos de los modelos de seguimiento del sistema intermedio mixto germano-francés<sup>548</sup>.

A pesar de la cercanía y la evidente vinculación entre ambas figuras de que venimos tratando, es decir de ausencia y de presunción de muerte, no pueden confundirse, pues son figuras autónomas entre sí; la declaración de ausencia es una fase previa a la presunción de muerte, pero que puede o no existir y que en ningún caso condiciona los efectos de ésta. Los supuestos en que se dan ambas figuras, así como sus efectos, son distintos.

---

la ausencia en Colombia, acercándose a la tradición germánica al posibilitar al juez dicta sentencia de muerte presunta, produciendo efectos similares a la muerte, entre otros, la disolución del matrimonio.

<sup>547</sup> F. CARAZONY, *La ausencia en el Registro de la Propiedad*, en *RCDI*. 561(1940) pp. 458 ss.; J. ROBLES FONSECA, *La ausencia en el nuevo Derecho*, en *RCDI*. 171 (1940) pp. 317 ss.; E. VÁZQUEZ GUNDÍN, *El ausente y sus derechos hereditarios*, en *RCDI*. 171(1942) pp. 516 ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Remuneración del representante legítimo del ausente*, en *ADC*. 56 (1948) pp. 100 ss.; I. SERRANO Y SERRANO, *Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento*, en *RDP*. 409 (1951) pp. 285 ss.; J. SAPENA TOMÁS, *La ausencia en Aragón*, en *RDP*. 56 (1955) pp. 985 ss.

<sup>548</sup> P. LEGRAND, *L'analyse différentielle des jurisprudences* (París 1999) pp. 1053 ss.; R. CABRILLAC, *El Derecho civil francés desde el Código civil*, en *RD*. 2 (2009) pp. 65 ss.

## **D. LA AUSENCIA EN EL *COMMON LAW***

Centrándonos en las legislaciones sobre la ausencia correspondientes a los sistemas del Common law destacaremos algunas de ellas, de manera sucinta, para ver las diferencias más importantes con respecto a los sistemas continentales, y más especialmente con la legislación española en esta materia.

### **1. Inglaterra**

En el Derecho inglés no nos encontramos con una codificación civil al estilo europeo, sino que se da un amplio abanico de normas que rigen las distintas materias e instituciones. A ello se añade la particularidad de que respecto de algunas de ellas se guarda silencio y no se da una regulación legal de las mismas, de modo que ello se suple por la actuación de los Tribunales, fuente originaria del *Common law*. Como es sabido, la Administración de justicia inglesa, además de sus propias funciones de aplicar e interpretar el Derecho ya existente, cumple la función de crear asimismo Derecho.

La materia de la ausencia no se ha regulado expresamente por las normas inglesas, sin perjuicio de la creación de una doctrina al respecto. En virtud de la misma procede la declaración de fallecimiento para el caso de que una persona haya desaparecido de su domicilio durante siete años sin tenerse noticias suyas. En consecuencia, los herederos pueden en ese caso solicitar la entrega de los bienes, si bien los reciben en concepto de meros administradores, sin facultades de disposición sobre los mismos. Estas restricciones se mantienen hasta que transcurran trece o diecinueve años desde la desaparición, según se trate de actos de disposición sobre bienes muebles o inmuebles.

Finalmente prevé la doctrina jurisprudencial la reaparición del ausente, quien tendrá derecho en este caso a reclamar a los herederos que le sean restituidos sus bienes, e incluso en su caso a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que

se le hubieran ocasionado, si bien este derecho está limitado a un plazo de prescripción de cuarenta años.<sup>549</sup>

## 2. Estados Unidos de América

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que la presunción de muerte en el Derecho norteamericano debía cumplir una serie de requisitos, pues el Tribunal que la declara debe tener jurisdicción sobre los bienes del ausente, de modo que se exige que el desaparecido tenga su residencia en el territorio del Estado en cuestión; se debe intentar la notificación con el ausente por todos los medios posibles, debiendo transcurrir un plazo que se considera razonable, de al menos siete años, adoptándose las garantías necesarias para el caso de que el desaparecido regrese.

Asimismo se declaró por la Corte Suprema que los actos de quien actuaba administrando los bienes de una persona ausente carecían de validez si la persona reaparecía, ya que se entendía que era nula la autorización dada por el Estado para llevar a cabo esos actos de administración si la persona desaparecida estaba, en realidad, viva.<sup>550</sup>

---

<sup>549</sup> E. LEES, *Property Rights of persons who have disappeared* (Minnesota 1925) pp. 89 ss.; J. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston 1981) pp. 464 ss. Por lo que se refiere al aspecto personal, en concreto respecto del matrimonio del que no está presente, hay que diferenciar según la legislación de que se trate; algunas admiten la disolución del matrimonio del ausente una vez que han transcurrido siete años para presumir la muerte; mientras que en otras legislaciones –como en el caso de Inglaterra– se exige para que tal disolución se produzca, no sólo una previa declaración de fallecimiento, sino además una posterior sentencia que declare tal disolución, asimilándose a la disolución obtenida como consecuencia del divorcio.

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmjust/1663/1663.pdf> (Consulta de 6 de julio de 2015)

<sup>550</sup> Vide V. R. HENLEY, *Uniform Laws in California* (California 1951) pp. 68 ss. En este sentido la *Uniform Absence as Evidence of Death and Absentee's Property Act* de 1938 hace depender la declaración de muerte presunta del veredicto de un jurado, el cual se guía por los medios de prueba que haya obtenido. A pesar de los intentos de unificación legislativa mediante el establecimiento del *Uniform Probate Code*, existen Estados que han adoptado su propia legislación respecto de la presunción de muerte. No obstante lo anterior todas las legislaciones toman sus raíces del *common law* configurando tal presunción como legal, desmontable si alguien prueba que el desaparecido no ha muerto y aún se encuentra con vida, al tratarse tan sólo de una presunción.

<http://www.uniformlaws.org/shared/docs/probate%20code/upc%202010.pdf> (Consulta de 12 de julio de 2015)

Vide A. KELMAN, *Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge 1987) pp. 114 ss.; A.V. SYMPOSIUM, *New Directions in Comparative Law*, en *TAJCL*.46 (1998) pp. 597 ss. A pesar de la enumeración de unos requisitos específicos no pueden entenderse como indispensables y de carácter general al estilo propio de las legislaciones del sistema continental, ya que la jurisprudencia los modifica,

### 3. Canadá

El Código civil de Canadá, de 1859, tuvo una doble fuente de influencia en cuanto al estilo, al contenido y al lenguaje empleado, como eran el Código francés de 1804 y el Código de Louisiana<sup>551</sup>. Tal obra mostró una clara influencia francesa en cuanto a la estructura, pues se dividió en tres libros relativos a personas, bienes y adquisición y ejercicio de los derechos, añadiéndosele un cuarto libro, relativo al Derecho mercantil. Uno de los grandes logros del Código civil canadiense fue la acumulación en una misma sección, título o capítulo de la totalidad de las reglas que versaban sobre una misma materia. Las grandes diferencias con respecto al Código civil francés derivaron del hecho de que el fenómeno codificador en Canadá no fue acompañado de una revolución social, tal como sucedió en el caso de Francia.

Dada la falta de revisiones periódicas del mismo, se planteó un problema de obsolescencia de los planteamientos recogidos por el Código, por lo que se acudió a una regulación exageradamente casuística en las leyes, siendo la jurisprudencia en la mayoría de los casos la encargada de solventar los problemas jurídicos planteados. Llegó por ello la necesidad de la recodificación, tratando de solventar el problema de la interpretación de los jueces o aplicación de conceptos del *common law* en las ocasiones en que el Código civil no recogía una válida solución al problema, o bien la propuesta no era la más acertada para la realidad social planteada. Así, por ejemplo, en materia de contratación entre ausentes, se había optado por aplicar la solución dada por otros países del *common law*<sup>552</sup>.

También debemos centrarnos en el Código civil de Québec, que entró en vigor en el año 1994. Fueron los franceses los primeros que crearon una colonia permanente en el territorio de Canadá, Québec, sometida a la costumbre de París. Fue posteriormente en el Siglo XVIII, con el Tratado de París, cuando tal colonia

---

los amplía o reduce en función del caso. Lo realmente importante de esta presunción es concretar si se trata de una presunción de hecho o de derecho, ya que en el primer caso la muerte deriva de una serie de circunstancias que llevan a una deducción fáctica, por lo que su determinación corresponde a la competencia del juzgador, juez o jurado, mientras que en el segundo de los casos –considerando a la presunción como de derecho–, el propio Derecho atribuye a esta presunción el carácter de prueba de la muerte, lo que cae dentro del ámbito competencial del juez, sin atribuciones al Jurado a este respecto

<sup>551</sup> Vide J.L. CARRIERE, *The Rights of the living dead: absent persons in the civil law*, en LLR.50 (1990) pp.901 ss.

<sup>552</sup> Vide L.B. PÉREZ GALLARDO, *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica* (Zaragoza 2009) pp. 60 ss.

(denominada Nueva Francia) pasa a Inglaterra, continuándose con la aplicación del Derecho francés pero pasando su administración a hacerse con arreglo al Derecho inglés. Como consecuencia de lo anterior es por lo que podemos hablar de dualidad de influencia de fuentes en el derecho de Québec, a la que aludíamos más arriba.

Respecto de las similitudes del Derecho mostrado por el código civil de Québec con ciertos sistemas jurídicos latinoamericanos nos referimos ahora a la legitimación para promover judicialmente la declaración de fallecimiento, admitiendo el Código civil de Québec que lo está cualquier parte interesada y el fiscal, de modo similar a lo recogido por los códigos de Perú, Ecuador o Chile.

Asimismo, en cuanto al supuesto de que el cónyuge de quien se encuentra presuntamente fallecido haya contraído nuevo matrimonio y la posterior reaparición del que estaba ausente, apoya este Código una solución similar a la proporcionada por el sistema portugués, por el Derecho peruano y el puertorriqueño, dando validez al segundo matrimonio contraído por un cónyuge durante la ausencia del otro<sup>553</sup>.

#### **4. Australia**

Como venimos señalando desde más arriba, el sistema del *common law* se configura a base de normas no escritas elaboradas a lo largo de los años que han llegado a constituir un verdadero cuerpo jurisprudencial. Tal tradición comenzó en el Reino Unido para extenderse posteriormente a distintos países en los que marcó su influencia por cuestiones de carácter económico, histórico o cultural, y entre ellos, encontramos a Australia.

Ese cuerpo de directrices jurisprudenciales se basa en los principios del *common law* y en el criterio de la “*equity*”, bases históricas del Derecho anglosajón. Es por tanto, el sistema del *common law* la base de la jurisprudencia de Australia, sistema que se fundamenta en la separación de poderes y los antecedentes judiciales, de modo que

---

<sup>553</sup> Vide T. CLEMENTE DÍAZ, *Derecho civil. Parte General* (La Habana 1983) pp. 549 ss.

las decisiones de los jueces en asuntos pendientes vienen informadas por casos previamente establecidos<sup>554</sup>.

### III. CONCLUSIONES

Como hemos venido reiterando, la ausencia ocasiona una situación de incertidumbre acerca de la existencia de la persona afectada, siendo necesario regular los efectos que ello ocasiona por una cuestión de seguridad jurídica, que se ve afectada como consecuencia de la incomunicación del ausente con el centro de sus negocios y el consiguiente abandono de las relaciones jurídicas que ostenta. Pues bien, como las circunstancias que pueden rodear a dicha incertidumbre son cambiantes y diferentes entre sí, la doctrina ha optado por clasificar los distintos supuestos que pueden llegar a ocasionarse, en función de la intensidad de tal incertidumbre.

Desde el Derecho comparado se habla de una simple no presencia, ausencia de hecho, ausencia declarada y declaración judicial de muerte.

Pues bien, en cuanto al primer concepto, el de la simple no presencia, como concepto muy amplio se refiere a la circunstancia ocasionada cuando una persona se encuentra alejada de un lugar determinado en el que se supone que debería estar. Entre esta etapa y la de verdadera ausencia, propiamente dicha, puede darse una intermedia en la que el sujeto está alejado de su residencia habitual abandonando sus bienes y derechos e impedido para cuidar de ellos; se ocasiona con ello lo que algunas legislaciones reconocen como ausencia de hecho, o bien como situación de desaparición en otros sistemas.

Ahora bien, cuando la desaparición de una persona perdura en el tiempo, debe hablarse oficialmente de ausencia –ausencia declarada-, creando una estructura de carácter permanente que trata de proteger, conservar y asegurar los bienes y el resto de los derechos concernidos. No basta entonces con la lejanía del sujeto, sino que se requiere además que concurra el elemento de la incertidumbre de si está vivo o no.

---

<sup>554</sup> A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho* cit. pp. 80 ss.



Ante estas distintas formas de manifestación de la ausencia, o si se quiere, de las distintas etapas de la misma, los ordenamientos jurídicos responden de manera diversa en cuanto a los efectos producidos, ya que ante una situación de ausencia, o bien se prevé el nombramiento de un representante para asumir la administración abandonada sobre los bienes de quien se encuentra ausente, o bien según otros sistemas, la administración se prevé como fase preparatoria a la sucesión *mortis causa*. Se diferencia así claramente entre la ausencia de hecho y la ya constituida, a diferencia de los sistemas que adoptan la primera medida, los cuales no distinguen ambos supuestos. Cabe hablar entonces de la ausencia como una administración preparatoria de la declaración de fallecimiento y de la ausencia como una situación que permite la administración de bienes ajenos. Respecto de la primera situación planteada, son tres los sistemas que la prevén -aun con matices distintos-, como son el francés, el italiano y el español.

El Código napoleónico, desde sus orígenes, había recogido como principio básico el de la presunción de vida del desaparecido; en un primer momento el juez podía adoptar una serie de medidas con la evidente finalidad de protección de los bienes del ausente -periodo de la *présomption d'absence*-; ahora bien, si este periodo era ya prolongado en el tiempo se daba lugar a otra fase, la *absence déclarée*, en la que se atribuía a los presuntos herederos la administración meramente provisional y restrictiva de los bienes del ausente, transformándose en definitiva esa administración una vez transcurridos treinta años desde que comenzó aquella, o bien a los cien años de vida del desaparecido. Algunos autores entendieron, sin embargo, que la protección atribuida al ausente era excesiva, ya que con ello se restringía de manera excesiva la esfera de protección de los intereses de su cónyuge y herederos.

Como consecuencia de tales deficiencias se reformó el *Code civil* en este punto en virtud de ley de 28 de diciembre de 1977, disponiendo un verdadero sistema de representación.

En este bloque de sistemas jurídicos se encuentra también el italiano; el Código civil italiano de 1942 prevé la ausencia como fase previa a la presunción de muerte. La primera etapa que reconoce es la *scomparsa*, para la que se prevé el nombramiento de un curador, si la persona en cuestión no se encuentra en su lugar de residencia y no se tienen noticias suyas; la segunda etapa es la ausencia declarada en la que los presuntos

herederos pueden requerir la declaración de ausencia y la posesión temporal de los bienes para sí mismos, ello a los dos años, pues a los diez se presume la muerte del ausente, salvo casos de manifestaciones de situaciones de peligro.

Y no podemos olvidar dentro de este grupo de sistemas el nuestro, el español, ya que –tal como dejamos reflejado anteriormente en este estudio- ha tomado un gran número de elementos propios del sistema francés, gran parte de ellos materializados a través del proyecto de Código civil de 1851, aun cuando contiene también importantes diferencias; si bien, la reforma en materia de ausencia operada a través de la ley de 8 de septiembre de 1939 permitió acercar el sistema de la ausencia español al de Alemania e Italia, de modo que dispuso dos etapas distintas, la de ausencia presunta y la declarada. Finalmente debe subrayarse que el sistema de ausencia español, al igual que el italiano y el alemán, no permiten que el ausente adquiera derechos, salvo que pruebe su existencia.

En cuanto a la concepción de la ausencia como una administración de los bienes ajenos, haremos mención en primer lugar a las previsiones recogidas por el sistema alemán, distinguiendo entre ausencia y declaración legal de muerte. El Código alemán dispone que si el ausente es mayor de edad, y sus asuntos patrimoniales requieren ocupación, es necesario nombrar un curador para tal fin, siempre que no se conozca su paradero, o bien que conociéndose, el ausente se encuentre impedido para volver.

Pues bien, por su parte el sistema francés tendió al acercamiento al sistema alemán, mediante la reforma de 28 de diciembre de 1977, alejándolo sorprendentemente del esquema de otros sistemas que tomaron sus bases del originario *Code civil*. Así con esta reforma solo se recogen dos fases de la ausencia, como son la presunción de ausencia y la de su declaración. Este esquema es seguido por el sistema argentino, entendiendo que la presunción de ausencia se ocasiona por el hecho de que una persona haya desaparecido, no se tengan noticias de ella y no haya dejado nombrado apoderado, en cuyo caso se admite la posibilidad de que juez designe a un curador de los bienes del ausente.

El sistema anglosajón, por su parte, no recoge la presunción de muerte ni tan siquiera una declaración judicial de ausencia que permitan regular los efectos de la imposibilidad de la localización y por ende de actuación de una persona, sobre las

diversas esferas (personal, patrimonial, etc.). Por el contrario, este sistema se basa en meras presunciones que sirven como medios de prueba; rige una presunción de vida en el caso de que no se tengan dudas sobre la existencia de una persona, aun cuando se prolongue su ausencia en el tiempo, mientras que se presume su muerte en caso de antecedentes de riesgo para su vida o en el caso de haber transcurrido un largo periodo de tiempo desde el nacimiento del desaparecido, superando el plazo de duración de vida humana que se estima ordinario, posibilitándose que tales presunciones se declaren judicialmente para el caso de que lo requieran los efectos que de tal situación se derivan, resultando que tales presunciones son cuestiones que deben resolverse en un procedimiento incidental surgido en consecuencia a aquél otro en el que se trata de reconocer los efectos jurídicos que resultan de dicha situación de ausencia.

Ha venido a regularse esta figura con el nombre de *presumption of death* motivada por prolongarse la ausencia por un periodo de siete años o más, por la falta de noticias del que ha desaparecido por parte de quienes debieran haberlas recibido y con la exigencia de unas diligencias previas investigadoras. Sin embargo, en la práctica la jurisprudencia ha ido añadiendo nuevos requisitos para poder declararse esta presunción de muerte, a la vez que se ha tratado de establecer una presunción de muerte con caracteres de una presunción de hecho.

Surgió un problema de posible inconstitucionalidad del sistema recogido, ya que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció respecto de la validez de los actos llevados a cabo por el administrador sobre los bienes del ausente, disponiendo que eran nulos en caso de que el ausente retornase, por el hecho de que el Estado que había atribuido dicho poder no tenía competencia para ello, ya que el titular de los bienes no estaba muerto, lo que chocaba con el sistema de la presunción de muerte del sistema del *Common law*. Fue por ello que en 1904 la Corte estableció unos requisitos para que tal figura fuera constitucional e impedir que quedaran desvirtuados sin más, por la reaparición del ausente, los actos realizados en su ausencia.

Estos requisitos se resumían en que el Tribunal debía tener jurisdicción respecto de los bienes del ausente, que se hubiera llevado a cabo una labor de intento de notificación al que se encuentra en esa situación, que la ausencia se hubiera prolongado un tiempo razonable – siete años- y el establecimiento de una serie de disposiciones para el caso de que el ausente reapareciera.

Con ello se implantó un sistema para resolver el problema de la posible inconstitucionalidad del proceso de presunción de muerte, el cual sin embargo, no estaba exento de deficiencias pues no permitía fijar la fecha en que presuntamente se entendía ocasionada la muerte, de modo que sólo resulta determinada en el caso de que lo sea en un procedimiento especial respecto de alguno de los efectos que tal presunción hubiera ocasionado, debiendo ser fijada tal fecha por el jurado, o en caso de ser ello imposible, entendiéndose que tal día corresponde al último día del plazo de la ausencia. En la esfera patrimonial tal presunción produce ciertos efectos; así se prevé el nombramiento de un curador que administra los bienes del ausente, disponiendo su reparto entre los considerados sus herederos, una vez que han transcurrido los plazos concretos fijados por las diversas legislaciones.

Por último no podemos dejar de hacer una referencia a ciertas legislaciones que toman elementos característicos de ambos sistemas, el continental y el anglosajón, como es el caso de Israel o Escocia. En el primero opera un régimen de la presunción de muerte al estilo del sistema continental, sin embargo toma las normas procesales propias del sistema del *Common law*. En ciertos Estados, como Luisiana ocurre lo mismo, se apoya en la base del *Code* francés para reglamentar esta materia, y sin embargo toma las normas procedimentales del Derecho anglosajón. Han sido múltiples las reformas operadas y que han tratado de acortar los plazos y configurar un sistema propio de presunción de muerte.

Escocia, como decíamos, es otro de los ejemplos de Estados en los que, en un ámbito propio del *common law*, se crea sin embargo una regulación legislativa del sistema de la presunción de muerte. Establece en primer lugar una *Presumption of Life Limitation Act*, del año 1881, que fue posteriormente sustituida por la *Scottish Presumption of Death Act* de 1977, que permite a las personas interesadas solicitar la declaración judicial de muerte transcurridos ciertos periodos de tiempo; a diferencia del sistema anglosajón, se fija el día de la presunta muerte –el último día del plazo de siete años–, sin embargo permitiéndose al mismo tiempo que tal presunción sea el objeto de un procedimiento incidental que permita el ejercicio de acciones particulares.

## CAPÍTULO QUINTO. AUSENCIA Y DERECHO MILITAR ESPAÑOL

### I. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MILITAR EN ESPAÑA

#### A. La disyuntiva del Derecho militar: existencia de un Derecho penal y un Derecho administrativo diferenciados

El orden jurídico militar surge con una finalidad de especial protección de los intereses sobre los que se sustenta la Institución militar. Cuando las normas tipifican ciertas conductas atentatorias de dichos intereses estableciendo consecuencias penales para las mismas es cuando podemos hablar de verdadero derecho penal militar.

No ha resultado históricamente una tarea fácil la de determinar cuáles son las conductas tipificadas por las leyes militares, así como si tales conductas deben ser enjuiciadas por la Administración militar; más problemática ha sido aún la cuestión relativa a si deben juzgarse por los Tribunales militares o bien por la jurisdicción ordinaria, la civil y no estrictamente militar, a la que nos referiremos más adelante. A lo largo de la historia ha sido una preocupación generalizada la relativa a la aplicación de leyes penales al personal no militar, así como el aseguramiento de una serie de garantías procesales para quienes son juzgados en el seno de tal jurisdicción especial, que no excepcional<sup>555</sup>.

Acerca del origen del Derecho penal militar se apoyaba en un principio una idea de surgimiento de un Derecho autónomo, sin embargo el Derecho penal castrense se fundamenta y respeta los grandes principios básicos del Derecho penal común, por lo que podemos afirmar que existe un verdadero derecho de carácter especial con respecto al penal común, pero no autónomo<sup>556</sup>.

---

<sup>555</sup> A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1966) pp. 263 ss.; R. NÚÑEZ BARBERO, *Derecho penal militar y Derecho penal común. Problemas actuales de Derecho penal y procesal* (Salamanca 1971) pp. 43 ss.; F. LOUSTAU FERRÁN, *Introducción General* y P. CASADO BURBANO, *Visión histórica del Derecho Penal Militar español*, en R. BLECUA FRAGA-J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Coords.), *Comentarios al Código Penal Militar* (Madrid 1988) pp. 22 ss.; E. SOLANO CAMÓN, *Aspectos en torno a la jurisdicción militar en la España de los Austrias*, en E. MARTÍNEZ RUÍZ-M. DE PAZZIS PI CORRALES (Coords.), *Instituciones de la España Moderna* (Madrid 1996) pp. 290 ss.

<sup>556</sup> Vide L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid 1995) pp. 93 ss.; C. HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código Penal. Parte general y especial* (Madrid 1996) pp. 23 ss.; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales* (Madrid 2003) pp. 127 ss.; E. C. SARRABAYROUSE, *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo*:

La especialidad del derecho penal militar radica en que las conductas tipificadas en el mismo no lo están del mismo modo en el Código penal común. Asimismo, debe advertirse que la consideración del Derecho penal militar no puede entenderse como derecho excepcional, en el sentido de que efectivamente es un derecho de carácter especial por los intereses jurídicos cuyas normas tratan de proteger, estos son intereses propios de la vida castrense; sin embargo, tales necesidades de protección son permanentes, no meramente temporales o de naturaleza eventual o excepcional, al igual que la existencia y razón de ser de los valores esenciales en la Institución militar, cuya tutela se pretende con las normas especiales militares<sup>557</sup>. Lo que sí puede darse es la entrada en vigor de normas específicamente militares para situaciones de especial gravedad, y por tanto en estos casos y sólo en éstos, se podrá hablar de un Derecho militar de excepción, como los Bandos militares que puede ser dictados por las Autoridades militares competentes en situaciones de crisis<sup>558</sup>.

Por lo anterior, en caso de conflicto entre las normas de Derecho penal común y el penal militar y en aplicación de las reglas generales del derecho, debe darse prioridad al segundo sobre el primero -por el criterio de preferencia de la especialidad-, todo ello sin perjuicio de la aplicación del derecho común con carácter supletorio en el ámbito castrense. Lo anterior implica que ciertos principios de Derecho penal común deberán

---

*una propuesta de integración, en La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (coord. J. P. MONTIEL) (Madrid 2012) pp. 31 ss.; I. MOUMOUNI, *Le prince de la rétroactivité des lois pénales plus douces: Une rupture de l'égalité devant la loi entre délinquants?*, en RIDP. 83 (2012) pp. 1 ss.

<sup>557</sup> N. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, *La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España*, en REDM. 38 (1979) pp. 61 ss.; P. CASADO BURBANO, *Visión histórica* cit. pp. 41 ss. La cuestión es que en virtud de las cualidades de personas, cosas o lugares, la consideración de las infracciones puede variar, así como su entidad o simplemente su consideración como delito, pues esas conductas tipificadas como tales hechos delictivos en el ámbito penal militar no serían ni simples faltas administrativas en el ámbito civil, lo cual tiene su sentido con la especial consideración militar del ámbito o de la persona que incurre en tales conductas por los especiales intereses que se tratan de salvaguardar en el ámbito castrense. Ahora bien, esa especialidad de Derecho penal militar debe ponerse en conexión directa, no sólo con el estatus de militar del enjuiciado sino también con la materia de que se trate. Puede afirmarse por tanto que el Derecho penal militar es una rama de Derecho especial, en el sentido de se basa en los principios propios del Derecho penal común, resultando su especialidad del hecho de que las Fuerzas Armadas cumplen unas funciones específicas.

<sup>558</sup> Vide J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general* (Madrid 1946) pp. 89 ss.; F. QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho Militar Español* (Madrid 1946) pp. 72 ss.; J. OTERO GOYANES, *Los Bandos de guerra*, en REDM. 3 (1957) pp. 9 ss.; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid 1981) pp. 183 ss.; J.L. CANO PERUCHA, *Los Bandos penales militares*, en ADP. 36 (1983) pp. 311 ss.

aplicarse al Derecho militar, y asimismo las normas penales militares recogen ciertas instituciones especiales que funcionan según las reglas generales<sup>559</sup>.

Tradicionalmente, se ha tratado de reducir el Derecho penal militar a un tipo de Derecho administrativo o asimilado al mismo, en cuanto a que la vulneración de los intereses que se lesionan con las conductas ilícitas propias del ámbito castrense no podrán ser consideradas como verdaderos delitos, sino vulneradoras de intereses que requerirían un amparo en el ámbito administrativo sancionador, pero no en el estrictamente penal. Sin embargo, ello no pudo mantenerse ya que los intereses protegidos en el ámbito de la Institución militar podrían ser gravemente lesionados, reconociéndose conductas que originan vulneración de bienes jurídicos especialmente tutelados en el ámbito penal.

La rama penal queda reservada a tipos delictivos que no se contemplan en el ámbito administrativo, o bien que previstos en él sean de una entidad mayor y merecedores por tanto de un reproche de naturaleza más grave a la vez, esto es, el propiamente penal<sup>560</sup>. Por ello no podemos dejar de separar dos ramas del Derecho para el ámbito específicamente castrense, estas son, el Derecho penal y el Derecho administrativo. En el Código de Justicia Militar se recogían tanto disposiciones de naturaleza penal como de naturaleza disciplinaria, pero sin perjuicio del necesario reconocimiento de las mismas garantías que en las leyes de carácter ordinario punitivo se recogían para los delitos comunes y la aplicación de las correspondientes penas. Por ello se crearon cuerpos diferentes de normas, unas de carácter penal y otras administrativas al estilo de la mayor parte de la legislación comparada. Pero a la vez con

---

<sup>559</sup> J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal militar y Derecho penal común* (Valladolid 1961) pp. 5 ss.; ID. *Derecho penal español* (Madrid 1969) pp. 1073 ss.

<sup>560</sup> M. LO CASCIO, *Diritto penale militare* (Milán 1958) pp. 8 ss.: “Dentro de la esfera del ordenamiento jurídico penal se inserta y distingue: el ordenamiento jurídico penal militar, que –junto con el derecho disciplinario militar– constituyen: el orden jurídico militar. Y puesto que todos los preceptos de índole militar, provistos de sanciones penales o disciplinarias, son leyes materiales en sentido amplio, constituyen, en su conjunto, el derecho objetivo militar.” Mientras que la regla general es la condena privativa de libertad en el ámbito penal, en el disciplinario por el contrario se trata de imponer sanciones de suspensiones de empleo, de pérdidas de destino; e incluso como novedad se ha recogido la posibilidad de imponer sanciones económicas con la ley 8/2014, de 4 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (que entró en vigor a los tres meses de su publicación), reconociéndose con carácter restrictivo las sanciones privaciones de libertad sobre todo cuando se trata de procedimientos incoados por la comisión de una presunta falta leve. Asimismo, en tales procedimientos estrictamente castrenses deben asegurarse unas garantías para el reo (propias del derecho penal común), habiéndose asimilado prácticamente éstas en el ámbito administrativo y que resultan de aplicación en favor del expedientado.

ello surgió el problema planteado en torno al principio de *non bis in idem*, esto es como sabemos, qué ocurre cuando una conducta puede ser constitutiva de un hecho tipificado como delito y asimismo como falta disciplinaria en el ámbito castrense, en torno a la idea de si el Derecho administrativo debería por tanto quedar tan sólo relegado a sancionar aquellas conductas que no vinieran expresamente penadas por las leyes militares de carácter penal. Ante lo que se preveía realmente la existencia de un procedimiento con amplia discrecionalidad, incluso arbitrariedad para el Mando y sin garantías para el expedientado, la solución fue regular esta materia a través de un régimen disciplinario militar que tipificara las conductas que eran constitutivas de verdaderas infracciones de tal naturaleza en el sentido que lo entendemos en nuestros días en virtud de la *Ley Orgánica de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*<sup>561</sup>.

Surgieron sin embargo detractores de la creación de leyes penales especiales en el ámbito castrense, así Vejar Vázquez<sup>562</sup> reproduciendo las palabras de Napoleón afirma: “La ley penal es la ley común con gorro de cuartel”.

Sin embargo la teoría predominante fue la de creación de esa rama específica del Derecho para el ámbito específico de las Fuerzas Armadas pero sin reconocerle una independencia absoluta, pues no podemos obviar el hecho de la remisión que hace en algunas ocasiones el propio Código Penal militar al derecho penal común, y sin perjuicio de la aplicación supletoria de este último en el ámbito castrense –como señalábamos anteriormente-. En este sentido recordemos la aplicabilidad de principios básicos de Derecho penal a ese ámbito específico militar, siendo por tanto la relación entre ambos códigos la de dicotomía de ley general-ley especial.

Puede pensarse que la competencia sancionadora por parte de la Administración militar implica en realidad una intromisión en la esfera judicial, y por tanto una ruptura de la tradicional división de poderes que rige constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico español; si bien como venimos anunciando más arriba, surgió la necesidad de elaborar un concreto derecho administrativo sancionador para recoger ciertas conductas de carácter antijurídico entendiendo que éstas afectan a un bien

---

<sup>561</sup> A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador* (Madrid 2005) pp. 42 ss.; J. F. MESTRE DELGADO, *Sanciones administrativas*, en *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid 2005) pp. 2331 ss.; J. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico penal* (Lima 2006) pp. 90 ss.

<sup>562</sup> O. VÉJAR VÁZQUEZ, *Autonomía del Derecho militar* (México 1948) pp. 7 ss.



jurídico esencial -que ha de protegerse mediante la imposición de sanciones a tales conductas-, como es la propia organización militar.

Por tanto, esta dicotomía entre Derecho penal y administrativo sancionador en el ámbito militar surge por lo que algunos autores fundamentaban en el antagonismo entre el Estado y la sociedad, esto es, entre burocracia y negocios<sup>563</sup>; ésta ha sido la tendencia mantenida por el Derecho comparado que ha rechazado la unificación y exclusividad del conocimiento y competencia de la totalidad de conductas sancionables (a todos los niveles) en manos únicamente de la jurisdicción ordinaria<sup>564</sup>.

El problema de la falta de regulación unitaria de la materia administrativa sancionadora era especialmente grave, en el sentido de que incluso ciertos aspectos venían regulados reglamentariamente, lo que era contrario a las exigencias de la Constitución. Esta complejidad se veía agravada por el hecho de que el Derecho administrativo recogía asimismo ciertas conductas completamente abiertas con fórmulas muy amplias e imprecisas, previéndose asimismo un procedimiento que no respetaba las garantías propias del proceso penal. Esto supuso un aumento a pasos agigantados del problema en cuanto que se produjo un incremento directamente proporcional a los sucesos susceptibles de ser tipificados como infracciones de carácter administrativo, así como las sanciones que se imponían correspondientes a los mismos hechos<sup>565</sup>.

La potestad sancionadora por parte de la Administración viene reconocida constitucionalmente tal como se desprende del artículo 25 de la Norma fundamental, que además impide a la Administración civil el ejercicio de una facultad sancionadora

---

<sup>563</sup> K. MANNHEIM, *Libertad, poder y planificación democrática* (México 1974) pp. 71 ss.

<sup>564</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid 1991) pp. 181 ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Principio “non bis in ídem” y cuestiones de prejudicialidad. Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, en *CDJ*. 11 (1997) pp. 86 ss. Pero ello no obsta para entender que el ordenamiento punitivo español es uno y tan solo uno, y que por tanto no deben desdoblarse de manera tajante los procedimientos que se siguen en el ámbito penal ordinario y los propios del ámbito penal y administrativo castrenses, así como los principios que inspiran uno y otro con la garantía plena de los derechos constitucionales y en particular de los derechos de la libertad y la seguridad, de modo que ambos sean respetados tanto ante el poder punitivo del Estado como el ejercitado debidamente por la Administración. Como consecuencia de esto surgió la necesidad de codificar la materia administrativa sancionadora dando lugar a leyes claras y sencillas que pudieran ser conocidas por sus destinatarios, evitando con ello la dispersión normativa que existía previamente al fenómeno de la codificación.

<sup>565</sup> L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Derecho administrativo sancionador* (Valladolid 2010) pp. 49 ss.

que implique, directa o subsidiariamente, penas privativas de libertad. Si esa facultad se sustrae a la Administración civil, no es así para la Administración militar, ya que no se refiere a ella el precepto citado, tal como resulta de un estudio *sensu contrario* del referido artículo 25<sup>566</sup>.

En este campo ha entrado a valorar la jurisprudencia ciertos factores propios del ámbito penal reconocidos constitucionalmente y que deben aplicarse asimismo al ámbito administrativo sancionador. Se ha recogido esta teoría respecto de la aplicabilidad al campo administrativo del principio de legalidad<sup>567</sup>. En primer lugar, debe advertirse que en virtud de este principio se requiere que tanto las conductas constitutivas de infracciones administrativas como las correspondientes sanciones vengan previstas en una ley y que la misma se encuentre en vigor en el momento de la comisión de los hechos. Por otra parte, se exige asimismo que la norma sea clara a este respecto, en el sentido de “que el acto o la omisión que se castiga se hallen claramente definidos como falta administrativa, y exista una perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud, por una parte, y de la imputabilidad, de la otra, debiendo, por tanto, rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma”<sup>568</sup>.

En segundo lugar, el Supremo ha extendido asimismo la aplicación al ámbito administrativo sancionador de otro principio constitucional propio del Derecho penal, como es el recogido en el artículo 24 de la Carta Magna<sup>569</sup>. Pero es necesario decir que

---

<sup>566</sup> Vide F. SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional* (Madrid 1985) pp. 132 ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid 2001) pp. 393 ss.;

<sup>567</sup> G. VASALLI, *Nullum crimen sine lege*, en *Novissimo Digesto italiano* 11 (Turín 1965) pp. 497 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal* (Barcelona 1975) pp. 85 ss.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (Barcelona 1984) pp. 67 ss.; M. COBO DEL ROSAL Y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* (Valencia 1984) pp. 50 ss.; C. LAMARCA PÉREZ, *Formación histórica y significado político de la legalidad penal*, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 2, año 1987, pp. 35 ss.; J. FRÍAS CABALLERO, *Principios fundamentales de la teoría del delito en el Estado de Derecho* (San Sebastián 1990) pp. 517 ss.

<sup>568</sup> Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 1981. En esta línea, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 1981, respecto de la potestad sancionadora dispone que, debe actuarse “no a través del puro juego de la discrecionalidad, sino del estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad, que es decir los de tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad dolosa o culpable..., y a la vez impide toda...interpretación extensiva, analógica o inductiva”.

el procedimiento administrativo no debe ser un exacto calco del procedimiento penal, es decir, no se puede judicializar un procedimiento de carácter sancionador, sin perjuicio de que cada vez se tiende más a ello, a nuestro modo de ver, tal como lo muestran las importantes modificaciones introducidas por la actual ley de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. No obstante lo anterior, aunque con ciertos matices, en un procedimiento sancionador sí que deben inexcusablemente respetarse una serie de principios penales y procesales esenciales de base constitucionalizada -recogidos en el artículo 24 de la Constitución española- para con ello conseguir asimismo el respeto de la seguridad jurídica que como tal principio se recoge en el apartado 3 del artículo 9 de la misma Norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico<sup>570</sup>.

Otro de los principios que rigen en el Derecho penal y que ha llegado a aplicarse al ámbito disciplinario, no sin opiniones contradictorias en la doctrina, ha sido el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables al expedientado, así como el reconocimiento de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras que, por el contrario, sean favorables al interesado, tal como lo recoge expresamente la Disposición transitoria primera de la nueva Ley de régimen disciplinario del año 2014<sup>571</sup>. Y es que ello tiene sentido para impedir que el perjudicado se vea menos protegido frente a la potestad punitiva de la Administración que la que corresponde en manos de los jueces, y asimismo porque es una exigencia constitucional recogida en el artículo 9, en su apartado tercero<sup>572</sup>.

---

<sup>569</sup> Según la sentencia de la Sala Primera de 8 de junio de 1981: “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambas son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado... hasta el punto de que un mismo bien jurídico pueda ser protegido por técnicas administrativas o penales.”

<sup>570</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1981 explica cómo la potestad sancionadora de la Administración sienta sus bases en una finalidad propiamente correctiva o disciplinaria, en atención a las relaciones especiales que los sujetos contraen con la misma.

<sup>571</sup> Apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*: “Las faltas disciplinarias cometidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley y sobre las que no haya recaído sanción serán sancionadas conforme a la normativa anterior, salvo que las disposiciones de esta ley fuesen más favorables al interesado en cuyo caso se aplicará ésta...”

<sup>572</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 126/87, de 16 de julio señala, “La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a contrario sensu, en el artículo 9.3 de la Constitución, que declara la irretroactividad de las no favorables...” Vide J. SUAY RINCÓN, *El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, en *RAP*. 109 (1986) pp. 197 ss.; A. NIETO, *Derecho Administrativo* cit. pp. 244 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid 2006) pp. 89 ss., señala literalmente que: “Si la Ley prohíbe a

Es de señalar asimismo la discusión que tradicionalmente ha sido mantenida en torno a la aplicación del principio de *non bis in idem* en la esfera de la potestad sancionadora de la Administración, problema ya resuelto en nuestros días habiéndose normado este aspecto. Y es que en un principio se dudaba acerca de la posibilidad de duplicidad de castigos ante una misma conducta, sobre la preferencia de la justicia penal en el ejercicio de las potestades punitivas sobre la propia Administración y la exigencia de vinculación de esta a las decisiones judiciales. Ante las posibles soluciones que podrían darse a esas respuestas, debemos acudir en primer lugar a la letra de la Constitución, cúspide en el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico; por ello acudiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 117 de la Norma fundamental nos encontramos con una preferencia del enjuiciamiento penal, de modo que si una misma conducta da lugar a la incoación de dos procedimientos de diversa naturaleza, uno penal y otro administrativo, el segundo debe estar a lo que resulte del primero.

Frente a esta teoría podía defenderse la de la independencia de actuación de la Administración, en el sentido de que una conducta no pudiera ser encuadrada en tipo penal alguno, y sin embargo pudiera ser constitutiva de una infracción de naturaleza administrativa; pero lo anterior no puede entenderse al margen de que lo probado en juicio carezca de toda trascendencia en el ámbito administrativo en base al principio de cosa juzgada. Esta última cuestión queda resuelta en nuestros días en virtud de lo dispuesto en la propia ley de régimen disciplinario, debiendo la Administración estar a la espera de lo expuesto por la jurisdicción respecto de los mismos hechos que ella trata de enjuiciar. En este sentido se había pronunciado ya desde antaño nuestra jurisprudencia<sup>573</sup>.

---

la Administración otorgar eficacia retroactiva a un acto singular, esto es, operar hacia el pasado en un caso concreto, y lo hace para proteger a los ciudadanos frente al riesgo de una agravación de su situación resultante de la mera voluntad de una organización subordinada, tanto más debe entenderse prohibida por las mismas razones la aplicación hacia atrás de esa misma voluntad cuando ésta pretende operar con carácter general respecto de todos los casos posibles”.

<sup>573</sup> Así dispone el Tribunal Supremo mediante sentencia de fecha 20 de febrero de 1981, atribuyendo a los órganos administrativos la facultad de calificar por sí los hechos que enjuician, con independencia de los órganos jurisdiccionales, ahora bien, entiende asimismo que sus resoluciones (de los Tribunales) no tienen carácter vinculante para tales órganos “a excepción del respeto hacia las relaciones de hechos probados de las sentencias penales”. Vide M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública* (Madrid 1989) pp. 830 ss.; A. CANO MATA, *Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas*, en *RAP*. 119 (1989) pp. 201 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del derecho penal*, en *Brunei International Medical Journal* 1608 (1991) pp. 256 ss.; P. GARCÍA MANZANO,

## B. Origen de la jurisdicción militar: su razón de ser y sus competencias

La jurisdicción militar surge por las propias necesidades que marca la Constitución española, y en base al principio de unidad jurisdiccional los jueces y Tribunales militares se encargan de administrar justicia en nombre del rey, con arreglo a los principios que señala la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, traduciéndose por tanto la potestad de la jurisdicción militar en las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los asuntos que sean de su competencia<sup>574</sup>. Esas competencias son asumidas por estos órganos de carácter militar asimismo en los supuestos de estado de sitio, tal como reconoce el artículo 14 de la Ley de Defensa Nacional y en el sentido de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*.

Los primeros indicios de la existencia de una justicia de naturaleza militar los encontramos históricamente en la Edad Media, como consta en el Fuero Real, el Fuero Juzgo, algunos fueros municipales y las Partidas. Más concretamente es con el nacimiento de los Ejércitos permanentes con los que surge una verdadera legislación militar de carácter estatal dando respuesta a los problemas que se planteaban tanto de naturaleza penal como procesal, a través de Ordenanzas en las que se trata de aplicar unos criterios de justicia rápidos y efectivos para el restablecimiento de la disciplina debida<sup>575</sup>. Estas Ordenanzas fueron realmente importantes, sentando las bases de una justicia militar que se mantendría después durante varios Siglos; se establece así un sistema judicial en el que se diferenciaban por un lado los Consejos de Guerra, que permitía juzgar delitos propiamente militares sobre la idea de que quien manda es la misma Autoridad que debe entonces juzgar, y por otro lado el Juzgado de Guerra

---

*Potestad sancionadora. Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (Madrid 1993) pp. 368 ss.

<sup>574</sup> R. BAÑÓN MARTÍNEZ-J.A. OLMEDA GÓMEZ, *Las Fuerzas Armadas en España: institucionalización y proceso de cambio (1939-1975)* (Barcelona 1985) pp. 276 ss.

<sup>575</sup> Vide F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho penal militar* (Madrid 1987) pp. 185 ss. Ejemplo de ello son las Ordenanzas “primeras de Flandes” atribuidas a Alejandro Farnesio en fecha 13 de mayo de 1587; seguidas de las “segundas de Flandes” en la época de Felipe V correspondientes a fecha 18 de diciembre de 1701. En este sentido es interesante mencionar a S. MONTSERRAT ALSINA, *El ejército real y la jurisdicción de guerra: Estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria*, en REDM. 21 (1966) pp. 9 ss.

integrado por el General y su Auditor, con conocimiento respecto de delitos comunes y no estrictamente ocasionado en combate y operaciones de las tropas<sup>576</sup>.

Avanzando en la historia española, más tarde se promulgan las Ordenanzas de Carlos III, de 22 de octubre de 1768, que muestran un fiel reflejo del espíritu militar y de los principios rectores del funcionamiento de los Ejércitos<sup>577</sup>. A estas sucedió la Ordenanza del año 1793, que sin embargo conservaba todo lo dispuesto por las anteriores en materia judicial, pero quedó pronto obsoleta en cuanto a ciertos tipos de penas, por razones históricas y sociológicas<sup>578</sup>.

Ante este panorama de dispersión normativa en la materia de justicia militar, se inicia una línea tendente a la unificación mediante la Codificación junto con un elemento que será constante en la historia, como es el sentido y el alcance de esta reforma necesaria. Tras varios intentos codificadores, el primer paso de tal andadura tuvo lugar sin embargo con la Ley de Bases de 15 de junio de 1882, disponiendo la existencia de tribunales especiales para la administración de justicia, la competencia de la jurisdicción militar de modo exclusivo sobre determinadas materias de su única competencia y aludiendo a los preceptos de las antiguas Ordenanzas para servir de base y remitiendo al Código penal en cuanto a los delitos no previstos en el ámbito militar. Con esta base de principios y referencias se dio lugar a tres normas como eran la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra y el Código Penal del Ejército, ambos del año 1884, y la Ley de Enjuiciamiento Militar de 1886<sup>579</sup>.

---

<sup>576</sup> Vide F. DE QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho Militar cit.* pp. 72 ss.

<sup>577</sup> J. M. GARATE CÓRDOBA, *Don Antonio Oliver Sacasa, autor de las Sabias Ordenanzas*, en *RHM*. 45 (1978) pp. 95 ss.; C. MARTÍNEZ VALVERDE, *Constitución y organización de la Armada de Felipe V. Temas de Historia Militar* (Madrid 1983) pp. 263 ss.; J. M. GARATE CÓRDOBA, *Rumbo y solera de las Ordenanzas militares* (Cádiz 1985) pp. 47 ss.; E. MARTÍNEZ RUÍZ, *La celebración de quintas, una cadencia temporal en la España del Antiguo Régimen*, en *RHMod.* 11 (1992) pp. 215 ss.; F. PUELL DE LA VILLA, *La ordenanza de reemplazo anual de 1770*, en *Hispania* 189 (1995) pp. 205 ss.; F. REDONDO DÍAZ, *Las reales Ordenanzas de Carlos III*, en *Actas del IV Congreso de Historia Militar, Guerra y milicia en la España del X Conde de Aranda* (Zaragoza 2003) pp. 381 ss.

<sup>578</sup> Vide J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Código de Justicia Militar*, en *Novos Estudos Jurídicos* 4 (1952) pp. 304 ss., y del mismo autor, *Derecho penal cit.* pp. 1073 ss.

<sup>579</sup> Vide J. M. NIEVA, *Decretos de la Reina Nuestra Señora Doña Isabel II* (Madrid 1835) pp. 207 ss.; J. NÚÑEZ DE PRADO, *Estudio sobre el Derecho Militar* (Madrid 1884) pp. 60 ss.; J. MONTES, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid 1917) pp. 113 ss.; J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Código de Justicia cit.* pp. 307 ss.; F. MUGA LÓPEZ, *Antecedentes del Código Penal Militar de 1884*, en *REDM.* 1 (1956) pp. 27 ss.; F. TOMÁS Y VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en*

Se evolucionó por tanto en cuanto al significado y contenido de la justicia militar ya que se simplificó el esquema delictual planteado hasta la época, así como se eliminaron ciertas reglas de carácter meramente punitivo. Sin embargo, se trató de refundir estos tres textos en uno solo para volver al rigor que en cierta medida se había perdido, considerando la relevancia y la especialidad propia del Derecho castrense distinto del ordinario o común, que se aplica a la totalidad de los ciudadanos ajenos a este ámbito específico y en circunstancias normales.

El primer Código de Justicia Militar español data de fecha 27 de septiembre de 1890, caracterizado por el predominio de principios penales básicos tendentes al mantenimiento y restablecimiento de la disciplina<sup>580</sup>. Durante los primeros años del Siglo XX se expandió de manera desmesurada la competencia de la jurisdicción de carácter castrense, lo que no ha dejado de ser objeto de crítica; es posteriormente con la Segunda República con la que se produce de nuevo una modificación restringiéndose las competencias de esta jurisdicción militar al conocimiento tan sólo de los delitos militares, esto es, lo relativo a los servicios de armas y a las alteraciones de la unidad y la disciplina como valores de las Instituciones armadas. Por tanto, la competencia no quedara delimitada en ningún caso por razón de la persona o el lugar. Asimismo se tiende a hacer efectivo un principio recogido actualmente en la Constitución española, el de la unidad jurisdiccional mediante la creación de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, integrada por miembros procedentes de la Carrera judicial y del Cuerpo jurídico de Tierra y la Armada<sup>581</sup>.

---

*España*, en *Anales de la Universidad de la Laguna* 1 (1963-1964) pp. 23 ss.; E. ORDUÑO REBOLLO, *Municipios y provincias. Historia de la Organización territorial española* (Madrid 2003) pp. 360 ss., trata aspectos de distribución de los partidos judiciales, siguiendo las necesidades de reforma en esta materia tal como ya había indicado Nieva en la obra antes citada.

<sup>580</sup> J. ANDRÉS-GALLEGO, *Historia general de España y América: Revolución y Restauración (1868-1931)* (Madrid 1981) pp. 46 ss.; I. ARROYO, *Curso de Derecho marítimo* (Barcelona 2001) pp. 715 ss.; VV. AA. *Libro homenaje al fiscal Luís Prieto* (Madrid 2001) pp. 16 ss. Por otro lado, se redactó el Código penal de la Marina de Guerra ejercitando la Armada las facultades que le fueron concedidas por la citada ley de Bases del año 1882 así como otra diversidad legislativa, entre ella el Código Penal de 1890, que quedó completamente derogada por el Código de Justicia Militar de 1945, con la única excepción de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina en materia de expedientes por hallazgos y salvamentos en el mar.

<sup>581</sup> Vide M. FENECH, *Derecho procesal penal* (Madrid 1959) pp. 170 ss.; J. VALENCIANO ALMOYNA, *En torno a un nuevo Código de Justicia Militar*, en *REDM.* 35 (1978) pp. 55 ss.; J. V. GIMENO SENDRA, *Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional*, en *Comentarios a la legislación penal* (coord. Manuel Cobo del Rosal) (Madrid 1982) pp. 307 ss.; J. M. SERRANO ALBERCA, *La protección de las libertades públicas del militar*, en *RAP.* 103 (1984) pp. 47

A continuación surgieron numerosas reformas, o al menos intentos de ellas, pues con la llegada de la Guerra civil española predominarían las ideas del nuevo orden político y militar. En este panorama surgió el Código de Justicia Militar de 1945 que, siendo poco innovador, tan sólo tenía como finalidad unificar y reforzar la legislación castrense, recogiendo así en un solo texto, con la complejidad de entendimiento y la poca precisión que ello implica, cuestiones de carácter procesal, administrativo y civil, entre otras. Por estos motivos fue objeto de diversas reformas, y en concreto la surgida por la necesidad de adaptar el contenido del Código de Justicia Militar al Código penal.

Fue con el tránsito al nuevo sistema político democrático cuando surgió el verdadero espíritu de reformas. El elemento definitivo de exigencia de la modificación de la legislación militar fue la promulgación de la Constitución española, respondiendo a tales impulsos de reforma la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre<sup>582</sup>. El siguiente paso en la materia, sin perjuicio de críticas que puedan hacerse al texto, viene dado por el Código penal militar aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Con el nuevo Código se sigue una técnica empleada años antes en la esfera del Derecho comparado que consiste en separar, lógicamente, las leyes penales y las procesales; además es un Código que conserva el valor de ley especial remitiéndose por tanto en todo lo demás al código común, eliminando el pensamiento de aunar en un solo texto la totalidad de los aspectos judiciales castrenses; ahora bien, tales disposiciones específicas tan sólo rigen en caso de que no contradigan lo dispuesto por el Código penal común<sup>583</sup>.

---

ss.; J. M. SERRANO ALBERCA, *Comentario al artículo 117.5*, en *Comentarios a la Constitución* (coord. F. GARRIDO FALLA) (Madrid 1985) pp. 1.666 ss.; P. CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho constitucional militar* (Madrid 1986) pp. 84 ss.; A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal orgánico* (Madrid 1989) pp. 49 ss.; E. CALDERÓN SUSÍN, *En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar*, en *REDM*. 53 (1989) pp. 81 ss.

<sup>582</sup> Vide A. BELTRÁN NUÑEZ, B. EGIDO TRILLO-FIGUEROA, *Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 8/1980, de 6 de noviembre de reforma del Código de justicia militar*, en *RE*. 513 (1982) pp. 59 ss.; A. MILLÁN GARRIDO, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar*, en *RDPb*. 87 (1982) pp. 302 ss. Con este texto se da una nueva definición y regulación de la materia castrense, rompiendo con los criterios que habían regido hasta el momento.

<sup>583</sup> M. LÓPEZ-REY Y ARROJO, *Análisis político criminal del proyecto oficial de Código penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 34, año 1980, pp. 320 ss. Otro de los avances que supuso la norma en aquel momento fue un paso fundamental y acertado, pues llegó a desglosar las consecuencias penales que un comportamiento -sea acción u omisión de un militar o de ámbito estrictamente castrense-, puede conllevar de las consecuencias de carácter puramente administrativo. De modo que tales cuestiones administrativas se regulan en sus leyes específicas.



Sin embargo, el nuevo Código no solo gozó de alabanzas, sino que también fue blanco de grandes críticas como el hecho de que reprodujera ciertos derechos que ya predicaba el Código común, como son el de la presunción de inocencia, la igualdad y la retroactividad de la ley penal más favorable. El Código no ha permanecido inmutable, sino que ha sido objeto de múltiples modificaciones posteriores; destaquemos entre las más importantes, en primer lugar, la operada por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, *del Servicio Militar*, que supuso modificaciones en la materia objeto de nuestro estudio, las infracciones contra el deber de presencia.

Con la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, *de competencia y organización de la Jurisdicción Militar* (vigente hasta el día 15 de enero de 2016) queda delimitado el campo de actuación de la jurisdicción militar, quedando atribuido en tiempo de paz al ámbito estrictamente castrense, reservándose el enjuiciamiento de las conductas delictivas tipificadas por el Código Penal Militar, extendiéndose tal competencia a las fuerzas desplazadas en el extranjero y al caso de producirse el estado de sitio. Tal competencia se amplía en tiempos de guerra a los delitos que determinen los tratados firmados con las potencias aliadas, los comprendidos en la legislación penal común cuando su conocimiento se le atribuya por leyes o autorización para ello, los cometidos en el extranjero por militar español o sujeto que siga a las tropas españolas y, finalmente, los cometidos por los prisioneros de guerra.

### **C. Criterios de atribución de competencia a la jurisdicción militar: Derecho penal común y Derecho penal militar**

Comenzando nuestro pretendido análisis de esta evolución histórica con el Código de Justicia Militar de 1945, debe reseñarse que nada cambió con respecto al sistema de justicia militar instaurado en el año 1890 por el Código de Justicia Militar del Ejército de Tierra, salvo la creación de un único cuerpo legal del Ejército de Tierra, la Armada, el Ejército del Aire y la Guardia Civil. La reforma hizo que se publicaran de manera diferenciada leyes penales y leyes disciplinarias, además de leyes procesales.

En la época de la transición democrática, se hizo necesaria una reforma de las leyes penales y procesales de carácter militar. Se trataba de llevar a cabo la pertinente reforma del sistema de Justicia Militar para adaptarlo a las disposiciones que prescribía

la Constitución Española. Llama la atención el hecho de que la extensión de preceptos que recoge el Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre (vigente hasta el 15 de enero de 20016) es básicamente equiparable a la extensión que recogía el anterior Código de Justicia Militar, algo que sorprende si tenemos en cuenta el carácter complementario -con respecto al Código Penal común- que se le ha atribuido al primer texto mencionado. La extensión en la redacción casi equiparable choca, sin embargo, con la diferencia conceptual que marca la separación de ambos cuerpos legales.

Es interesante y trascendente en la época en la que nos encontramos, en la que parece que cada vez se restringe más el ámbito de conocimiento y actuación por parte de la jurisdicción militar, la fijación de los criterios que determinan que un litigio deba ser de su competencia. En primer lugar, se sigue el criterio de la atribución por razón del delito militar junto con otros como el lugar de perpetración del delito o la persona responsable -en su condición de militar o Guardia civil-, unidos tales factores al de la afección al servicio o a la violación de deberes castrenses, o incluso, una combinación de los anteriores. En segundo lugar, destaca la elaboración de un concepto de delito militar incluyendo, no sólo infracciones que vengan tipificadas en el Código penal Militar, sino además aquellas conductas recogidas como delito en las leyes penales comunes que por circunstancias de lugar, persona que comete el delito y la afección al servicio, se pudieren considerar como tales delitos de carácter estrictamente militar.

Esta cuestión ha sido controvertida a lo largo de los años, y aún no está completamente resuelta si observamos las normas, pues cabe apreciar una duplicidad de ciertos tipos criminales, por ejemplo, en materia de delitos contra la seguridad y la defensa nacional, delitos contra leyes y usos de la guerra en relación estos últimos a conductas delictivas contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y por último los delitos contra la Administración de la Justicia Militar y delitos contra la Hacienda en el ámbito militar. Esta tarea de simplificación y coordinación entre las normas castrenses y las ordinarias ha sido asumida por el nuevo Código penal Militar, que ha tratado de hacer patente y llevar a efecto el principio de complementariedad.

El rasgo más característico del Código Penal Militar es la especialidad, de nuevo por su carácter complementario, y asimismo por la materia que trata, es decir, por su ámbito de aplicación. Esa especialidad deriva asimismo de la existencia de ciertos

elementos que presentan las normas castrenses y que son distintos de los que recogen las leyes comunes por el hecho de que tratan de proteger intereses jurídicos especiales.

Sobre la cuestión de la relación de conexión existente entre las normas penales de carácter común y las propiamente militares debemos comenzar señalando que en los orígenes de la legislación penal militar se pretendía crear un sistema integral e independiente del sistema común, sin embargo, ha ido evolucionando hasta ganar un carácter complementario del mismo. Se trata en definitiva de un Código penal especial regido por un principio de complementariedad, con una parte general muy breve que trata de evitar repeticiones de las cláusulas del Código Penal común, y que regula tan sólo especialidades que no atenten contra los principios penales generalizados, muchos de los cuales ya están hoy constitucionalizados. Lo más complejo en la materia es la delimitación de los delitos militares, que tratan de salvaguardar unos intereses jurídicos especialmente protegidos por la Institución de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, evitando los denominados “delitos comunes militarizados”.

El problema se plantea ante conductas delictivas que atentan contra intereses comunes y asimismo contra intereses especialmente protegidos en el ámbito castrense, por ello es por lo que se deben establecer ciertos criterios para delimitar la materia que debe ser del conocimiento y competencia de los Jueces y Tribunales Militares. De lo anterior resulta, por el carácter complementario del Código Penal Militar con respecto a la norma común –a que antes aludíamos- que deben tipificarse en este ámbito castrense los delitos estrictamente militares que podemos denominar específicos, esto es, aquellos delitos que atentan contra intereses estrictamente castrenses sin guardar relación alguna con delitos comunes, y asimismo los delitos que afectan tanto a intereses militares como comunes, si bien, eso sí, la afectación al interés militar prevalece sobre el común.

Por último, podríamos igualmente incluir como materia de conocimiento por parte de la jurisdicción militar los delitos militares que denominamos especiales, esto es, aquellos que describen un tipo básico del Código Penal común pero que, por las circunstancias de la acción, como por ejemplo estar en tiempo de guerra, por la relación de servicio o por una cuestión de eficacia de las Fuerzas Armadas, debe ser considerada una conducta de carácter militar.

#### **D. Criterios actuales de delimitación de la competencia de la jurisdicción militar**

Resulta de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 117 de la Constitución, que la competencia de la jurisdicción militar queda circunscrita al ámbito de lo meramente castrense, sin perjuicio de extenderse más allá en los casos de producirse un estado de sitio, ello atendiendo a un principio de necesidad.

Y el contenido de la expresión “estrictamente castrense” da lugar a una interpretación asimismo muy limitada, es decir, que la interpretación no puede llevar lo castrense más allá de lo que tenga que ver directamente con los medios y los objetivos o fines de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, en el desempeño de las funciones que desempeñen con naturaleza militar (no podemos olvidar que se trata de un Cuerpo con doble naturaleza, dependiente del Ministerio del Interior y del Ministerio de Defensa)<sup>584</sup>.

Para que unos hechos queden circunscritos a la competencia de la jurisdicción militar -siempre hablando de la competencia de tales órganos en materia penal- deben valorarse una serie de circunstancias; así, debe tenerse en cuenta la naturaleza del infracción de que se trate, el bien jurídico sujeto a protección, previéndose por la norma una consecuencia jurídica a tal supuesto de hecho constitutivo de un ilícito penal, y ello por razón de la propia estructura de la Institución militar, en atención a los medios y los fines que persigue y debiendo atenderse del mismo modo a la condición de militar que recae sobre el sujeto así como las obligaciones que le corresponden en el desempeño de sus funciones o por razón del puesto que desempeñe en un momento determinado.

Es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que determina que la competencia de la jurisdicción militar queda delimitada en materia penal a aquellos hechos que vengan expresamente tipificados como delito en el Código Penal Militar y las situaciones en que se dé lugar a un estado de sitio<sup>585</sup>. Como decíamos, acudiendo al tenor literal de la Constitución española, la organización de la jurisdicción militar -así como su

---

<sup>584</sup> Vide J. ROJAS CARO, *Derecho Procesal Penal Militar* (Barcelona 1991) pp. 216 ss.; A. MILLÁN GARRIDO, *Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil* (Madrid 1993) pp. 788 ss.

<sup>585</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*. N. GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO, *La evolución histórica* cit. pp. 63 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional. La problemática del artículo 117.5 de nuestra Constitución*, en RDPb. 88 (1982) pp. 546 ss.; A. MILLÁN GARRIDO, *Competencia y Organización de la jurisdicción militar* (Madrid 1987) pp. 93 ss.

funcionamiento y las resoluciones que por la misma se dicten- debe ser conforme con los principios constitucionales; lo anterior implica por tanto que el juez militar competente para conocer de un asunto sea el juez ordinario que venga determinado como tal por la ley, prestándose la totalidad de las garantías que recoge el principio constitucional general de la tutela judicial efectiva que transcribe el artículo 24 de la Carta Magna. Como los miembros de los órganos de la jurisdicción ordinaria, los de la militar gozan también de las características de la inamovilidad<sup>586</sup>, la independencia<sup>587</sup> y el estricto sometimiento a la ley, asumiendo la responsabilidad que pudiera derivar de su actuación, pudiendo derivarse una responsabilidad disciplinaria o penal como consecuencia del ejercicio de sus funciones<sup>588</sup>.

El hecho de que la jurisdicción militar, así como el resto de los miembros de la jurisdicción ordinaria -y los poderes públicos- queden vinculados al ordenamiento jurídico, implica la posibilidad de que el órgano competente al interpretar una norma básica para el enjuiciamiento de los hechos juzgados, considere que la misma entra en conflicto con la letra de la Constitución, lo que le permitirá interponer la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Lo anterior implica asimismo el respeto del principio de jerarquía normativa, como del resto de los principios

---

<sup>586</sup> En este sentido, los miembros de los órganos de la jurisdicción militar no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni cesados o retirados sino atendiendo a las prescripciones de la Ley.

<sup>587</sup> Vide I. DE OTTO, *Estudios sobre el poder judicial* (Madrid 1989) pp. 51 ss.; J. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial* (Madrid 1989) pp. 24 ss.; M<sup>a</sup>. C. CALVO SÁNCHEZ, *Selección de Jueces y Magistrados*, en *Actualidad jurídica Aranzadi* 197 (1995) pp. 2 ss.; L. E. DELGADO DEL RINCÓN, *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial*, en *RPJ*. 61 (2001) pp. 13 ss. La independencia de los jueces implica que ninguno pueda dar instrucción a otro respecto de los criterios seguidos en la aplicación o bien en la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, ni tampoco puede recibirlas, salvo lo que pueda corresponder por vía de recurso.

<sup>588</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, *de la competencia y organización de la Jurisdicción militar*, que pierde su vigencia a partir de la entrada en vigor en fecha 15 de enero de 2016 del nuevo Código Penal Militar, expone: “Todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será juez ordinario predeterminado por la ley.” En su artículo 6 señala: “Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar. Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto.” Por su parte, del tenor literal del precepto número 8 resulta que, “En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Su nombramiento, designación y cese se hará en la forma prevista en esta ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes. Responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las leyes y disciplinariamente por las faltas e infracciones que cometan, en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prevenido en esta ley.”

constitucionales que se recogen en el artículo 9 y en el conjunto de nuestra Norma fundamental. La función de jueces y tribunales en el ámbito castrense lleva implícita la facultad de incoar correspondientes procedimientos, dictar medidas oportunas en aras de asegurar personas y bienes, exigiendo cuando proceda la comparecencia de testigos y peritos, así como del imputado y las demás diligencias que procedan como medios de prueba oportunos para el debido esclarecimiento de los hechos que se enjuician.

### **E. La citación y la incomparecencia ante la jurisdicción militar**

En relación con la citación al sujeto contra el que se dirige la acción de la justicia, hablemos de dos cuestiones básicas en este apartado al hilo del objeto de nuestro trabajo. En primer lugar, la medida cautelar de la citación, y en segundo lugar la situación producida como consecuencia de la falta de presencia del sujeto.

Por lo que se refiere a la citación, debemos apuntar el artículo 199 de la Ley Procesal Militar, que exige la citación para que la persona a la que en principio se le imputa un ilícito penal sea oída. La particularidad de la citación a los que ostentan la condición de militares recae en el hecho de que tal llamamiento debe hacerse a través del Jefe de la Unidad en que esté destinado el implicado y ello básicamente para hacer efectivo el deber de conocimiento por parte del Jefe del lugar en que se encuentran sus subordinados en cada momento y poder así dar cumplimiento a la plena disponibilidad de sus efectivos en aras del cumplimiento de los fines de la propia Institución militar. De lo anterior debe exceptuarse, claro está, el caso de urgente necesidad. Ahora en el caso de que la citación no se lleve a cabo en el sentido mostrado por el precepto, no por ello queda el acto sin validez, es decir, se conserva la obligación de comparecer por parte del citado en la fecha y lugar que se les hubiera reseñado siempre y cuando, eso sí, se respeten las garantías exigidas por la ley a favor de aquél a quien se haya atribuido la condición de imputado<sup>589</sup>.

---

<sup>589</sup> A. M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar* (San Sebastián 1990) pp. 467 ss.; E. SÁNCHEZ GUZMÁN, *Comentarios a las leyes procesales militares. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril Procesal Militar* (Madrid 1995) pp. 2208 ss. Como otra de las garantías a favor del sujeto contra el que se ha iniciado el procedimiento judicial es necesario que se le dé conocimiento de la querella o denuncia motivadora del inicio de las mismas actuaciones, entregándosele copia de ello junto con la citación, o bien haciéndoselo saber con anterioridad al acto de citarle.

El siguiente punto interesante a tratar, a la vista de analizar la necesidad de presencia del interesado en el procedimiento, es el de la incomparecencia procesal, esto es, su ausencia en el proceso. Analizando los diversos sistemas procesales penales posibles -inquisitivo, acusatorio y mixto- se parte de la premisa de tender a la presencia del acusado a lo largo de todo el procedimiento y en especial en el juicio oral, momento en que se le juzga realmente, con el fin de dar cumplimiento al principio de contradicción y de esa manera garantizar que el afectado pueda ejercitar de manera efectiva su derecho de defensa. Por el contrario, la falta de presencia de la persona contra la que se dirige el procedimiento penal incoado al efecto es muy habitual actualmente y desde hace tiempo, es por ello que ha surgido la necesidad de normar esta situación, para prever cómo debe procederse en estos casos<sup>590</sup>.

Respecto de la posibilidad de continuar tramitando un procedimiento ante la ausencia del imputado, han surgido diversas posturas doctrinales. Así, hay autores que entienden que ante tal circunstancia es necesaria la suspensión de la celebración del juicio oral, pues nos faltaría la relación jurídica procesal básica que debe concurrir, porque supondría una indefensión para el acusado que dejaría de tener la oportunidad de conocer los hechos que se le imputan en principio presuntamente, sin que sea posible por tanto escucharlo, no pudiendo cuestionar ni rebatir las pruebas presentadas sean documentales, testificales o periciales y que sirven para fundamentar su culpabilidad<sup>591</sup>.

---

<sup>590</sup> E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal* (Barcelona 1947) pp. 31 ss.; J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español (Homenaje a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras sus cien años de vigencia)*, en *Revista Jurídica de Cataluña* 2, año 1984, pp. 382 ss.; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal penal* (Madrid 1984) pp. 20 ss.; E. RUÍZ VADILLO, *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, en *Revista La Ley* 4 (1987) pp. 875 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador, y principio de contradicción: una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, en *RJ*. 4 (1991) pp. 775 ss.; J. VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio* (Barcelona 1994) pp. 41 ss.; T. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio: realidad y utilización*, en *RDPr*. 2 (1996) pp. 270 ss.; F. ORTEGO PÉREZ, *Instrucción judicial y garantías (sobre el incorrecto tratamiento del principio acusatorio)*, en *Revista La Ley* 5514 (2002) pp. 2 ss.

<sup>591</sup> Vide V. GIMENO SENDRA-V. MORENO CATENA-J. ALMAGRO NOSETE-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal* (Valencia 1982) pp. 37 ss.; J. ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal* (Madrid 1995) pp. 44 ss.; Una solución a esta falta de presencia del acusado puede ser la de suplir tal falta con la asistencia de letrado que le asesore y represente, si bien, tampoco sería una solución óptica por la falta de contacto real entre ambos; podemos pensar que con ello se trataría tan sólo de mostrar la apariencia de cumplimiento de un procedimiento con todas las garantías pero que, sin embargo, carecería de todas ellas.

Por el contrario surgió una vertiente en apoyo de la continuación del procedimiento y la celebración del juicio oral en ausencia del imputado, por una cuestión de economía procesal, y dar por finalizado un procedimiento ya iniciado con los mecanismos que ello supone activar y el presupuesto que conlleva; asimismo se defiende la inmediatez, esto es, que los interrogatorios a los testigos se hagan habiendo transcurrido el menor tiempo posible desde la comisión de los hechos enjuiciados para evitar toda contaminación que conduzca a la distorsión de la realidad de los mismos. Por estas razones, para evitar una sobrecarga de trabajo ocasionada por sucesivas suspensiones de la celebración de la vista, se entendió que procedía la misma en ausencia del imputado, si bien con una limitación de protección del derecho de defensa del implicado. En los últimos años se han mostrado diversos argumentos en torno a esta cuestión dando lugar a una tendencia proclive a la celebración de los juicios en ausencia teniendo en cuenta, eso sí, el tipo de infracción y la pena correspondiente. Se llegaron a fijar incluso los requisitos exigidos en tal procedimiento, pues previamente el ausente debía haber sido citado en legal forma y tiempo hábil para garantizarle su asistencia y pudiendo preparar su defensa. Debía haber sido apercibido de las consecuencias de su falta de presencia, notificándosele la sentencia que ponga fin al procedimiento tramitado en su ausencia, concediéndosele con ello la posibilidad de impugnarla mediante la totalidad de los recursos que le reconoce la ley como si hubiera estado presente en el juicio, incluso el recurso de nulidad si la incomparecencia lo hubiera sido por causa no imputable al ausente, con el derecho a que se enjuicie de nuevo la causa si su falta de presencia hubiera sido justificada<sup>592</sup>.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce esa posibilidad de impugnación de la sentencia dictada en ausencia del condenado mediante recurso de anulación, en el mismo plazo y con los mismos requisitos que el recurso de apelación, desde el momento en que el ausente tenga conocimiento de la referida sentencia<sup>593</sup>. En

---

<sup>592</sup> Vide J. MORENO VERDEJO, *El recurso de anulación*, en *CDJ*. 21 (1995) pp. 221 ss., apoya esta teoría siempre que, "...en ningún caso se vulnere el derecho a la defensa y el principio según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído"... no es tanto si debe permitirse o no la celebración de juicios sin la presencia del acusado, que creo debe llevar una respuesta rotundamente afirmativa, sino que el acento deberá ponerse, por una parte, en el establecimiento de requisitos cuya falta haga imposible la celebración del juicio y, de otro lado, en la instauración de los oportunos sistemas de impugnación para revisar lo hecho en ausencia, entre los cuales se halla específicamente el recurso de anulación."

<sup>593</sup> En opinión de S. ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (Madrid 2004) pp. 229 ss.; es posible la celebración de un juicio estando ausente el acusado siempre y cuando concurren una serie de



el ámbito castrense debemos centrar nuestro estudio en los artículos 167 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar* (en vigor hasta 15 de enero de 2016, por entrada en vigor del nuevo Código Penal Militar). Se preve la posibilidad de que el Juez Togado cite a declarar a un sujeto y que éste no haga acto de presencia no concurriendo, sin embargo, causa justificativa de tal ausencia, previéndose para ello la imposición de una pena de multa como consecuencia jurídica de la falta de presencia injustificada. Ahora bien, se prevé asimismo que si tal circunstancia de ausencia injustificada es reiterada, en dos ocasiones, será el llamado civil conducido ante el Juez Togado por Agentes de Autoridad, y si el no presente ostenta la condición de militar tal traslado a presencia del Juez será solicitado a la Autoridad competente bajo cuya dependencia se encuentre.

La regla general en el Derecho militar español es la de continuar con el enjuiciamiento, celebrándose la vista aun en ausencia del procesado, con la sola excepción de que no pueda estar presente por causa de enfermedad repentina que le impida su presencia en la misma, si bien para acordar tal suspensión es necesario oír a los facultativos en la materia nombrados de oficio para la práctica de tal reconocimiento. Ahora bien, ni siquiera en casos de enfermedad se procede de manera automatizada a la suspensión de la celebración de la vista, pues el Tribunal puede considerar que ya existen en ese momento de tramitación del procedimiento elementos de enjuiciamiento suficientes para juzgarle, previa audiencia de las partes y dejando constancia de los motivos que le han llevado a tomar tal decisión<sup>594</sup>.

Pues bien en el ámbito de la jurisdicción militar rige la regla en virtud de la cual no es necesaria la presencia del imputado en la primera fase del procedimiento, ésta es

---

requisitos, su previa citación formal, la falta de justificación de su presencia, que la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad, o seis años si se trata de una pena de otra naturaleza, presencia del abogado defensor, solicitud de sentencia condenatoria por el Ministerio Público o la parte de la acusación y resolución motivada del órgano enjuiciador en el que muestre que existen razones suficientes para el enjuiciamiento. Atendiendo al tenor literal de la actual redacción del artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el plazo de la pena solicitada, siendo ésta privativa de la libertad, no es ya de un año, sino de dos, manteniéndose el plazo de los seis años si se trata de penas de otra naturaleza (no privativa de libertad).

<sup>594</sup> Nos encontramos con el problema de la dilatación del procedimiento e incluso pérdida de valor de las pruebas para el exacto esclarecimiento de los hechos enjuiciados, tanto que incluso algunas de tales pruebas practicadas previamente a la celebración de la vista no pueden ser posteriormente realizadas -en el caso de la celebración efectiva de la vista-, de modo que en este caso es el Tribunal quien debe valorarlas libremente.

la de la instrucción; ahora bien, se sigue el criterio opuesto en el momento posterior de celebración del juicio oral. Por tanto es necesario oír al imputado, de modo que nadie puede ser condenado sin haber sido oído previamente, y esto parece ser así por la necesidad de protección de las garantías y de los derechos atribuidos por la ley a los afectados por la actuación judicial<sup>595</sup>.

En los asuntos en que la competencia judicial se atribuye a los órganos de la justicia militar, éstos cuentan con el mismo elemento que la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a los de la jurisdicción ordinaria para tratar de garantizar la presencia del imputado/acusado en las distintas diligencias del procedimiento, y fundamentalmente para que pueda ser oído respecto de los hechos objeto de enjuiciamiento y todo lo que permita su esclarecimiento. La propia norma delimita los casos en que procede expedir la denominada requisitoria<sup>596</sup>: el primero es aquel en el que al ir a notificarle la correspondiente resolución judicial al denunciado, esto no fuera posible por el hecho de que no se le encontrara en su domicilio y se ignorara su paradero, o bien porque su domicilio no fuera conocido, por lo que nos encontramos ante casos de imposibilidad de localización del implicado. El segundo caso, es el que puede producirse respecto de aquél sobre el que se hubiera acordado la medida de libertad provisional, y sin embargo debiendo comparecer ante la autoridad judicial en las fechas marcadas no lo hubiera hecho, y por último el supuesto de fuga del detenido o preso<sup>597</sup>.

---

<sup>595</sup> Vide G. SENDRA, *Derecho* cit. pp. 56 ss.; J. BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (Argentina 1989) pp. 48 ss.; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ-V. GIMENO SENDRA-V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal civil* (Madrid 1996) pp. 350 ss.

<sup>596</sup> E. GÓMEZ ORBANEJA-V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (Madrid 1968) pp. 247 ss. La requisitoria es el documento en el que consta la orden dada por el juez de llamamiento y busca del imputado ausente que se encuentra en paradero desconocido. Es un documento formal en el que deben hacerse constar una serie de datos ineludibles y que necesariamente debe contener el plazo en el que el buscado debe acudir ante la presencia judicial, por el propio fin que persigue la requisitoria, bajo el apercibimiento de que si, cumplido el plazo, no se persona se le tendrá por rebelde mediante auto judicial.

<sup>597</sup> Vide J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho Procesal* cit. pp. 209 ss. Los efectos producidos por la declaración de rebeldía son distintos en función de la fase del procedimiento en que nos encontremos, pues si es sumario continuarán las actuaciones hasta el fin de esta fase momento en el que se suspenderá su tramitación, archivándose sus autos y piezas de convicción; mientras que si nos encontramos en el supuesto en que tan solo queda pendiente la celebración del juicio oral, se procederá a la suspensión del procedimiento con devolución de los instrumentos y piezas de convicción a sus propietarios, dejando constancia de ello mediante diligencia extendida por el Secretario judicial competente en la causa. Dado el caso de que siendo varios los imputados sólo alguno o algunos se encontraran en esa situación de rebeldía declarada, se suspenderá el procedimiento para con los mismos pero no para los imputados presentes.

Todo lo anterior no obsta para que la parte afectada por el ilícito penal, esto es el sujeto pasivo del delito, pueda ejercitar su correspondiente acción de naturaleza civil. Los mismos parámetros que observamos para la jurisdicción ordinaria se aplican ahora en el ámbito de asuntos de competencia de la jurisdicción militar en los supuestos de interposición de un recurso en casación en los que se produce la situación de ausencia.

## **II. EL DEBER DE PRESENCIA DEL MILITAR EN ESPAÑA Y SU SANCIÓN PENAL**

Los militares tienen un estatuto especial, un específico régimen de vida que viene marcado por el hecho de que ser militar no es una profesión, sino una condición que acompaña al sujeto durante todo el día. Los militares lo son las veinticuatro horas del día y no sólo durante su horario laboral fijado, debido a la obligación que viene impuesta de disponibilidad permanente para el servicio. De esta peculiaridad resulta que los militares tienen una serie de especialidades en su vida que pueden llegar incluso a limitar ciertos derechos fundamentales. Naturalmente, no todos los derechos vienen limitados en su ejercicio para el militar por el hecho de serlo, ya que la base de los derechos fundamentales y las libertades públicas es precisamente la dignidad de las personas junto con la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico español, lo cual no puede graduarse en función de vestir o no un uniforme; por todo ello, las limitaciones a las libertades y los derechos impuestas a los militares han debido interpretarse al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con lo que dispuso en su bien conocida Sentencia 22/1981, de valor modélico por su novedad.

La especialidad que destacamos, al objeto del presente trabajo, es la relativa a la condición de militar y sus limitaciones en el ejercicio del derecho a elegir libremente el lugar de residencia y de circulación por el territorio nacional. Pues bien, los deberes de presencia y permanente disponibilidad para el servicio que rigen para los militares, hacen inevitable un reforzamiento de su deber de residencia. Ello se refleja en que la ausencia de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días constituye un delito tipificado en el artículo 56 del Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre que entra en vigor el fecha 15 de enero de 2016. Valorándose

otros elementos intencionales que después entraremos a analizar, puede que se trate de otro tipo delictivo o bien que la conducta no sea constitutiva de un ilícito penal, pero que sí sea merecedora de un reproche de carácter disciplinario.

En el ámbito militar, los delitos que derivan de ese incumplimiento del deber de presencia de los profesionales son los más numerosos, en concreto el delito de abandono de destino y el de abandono de residencia. Estudiemos nuestra legislación en este campo hasta llegar a la regulación actual. Lo primero que debemos destacar es que según el contenido del Código de Justicia Militar de 1945 se diferenciaba ya entre el abandono de destino y el abandono de residencia, y el delito de desertión; dualismo que recoge el actual Código Penal Militar, pero dando a tales delitos un significado diferente.

El Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre tipifica ciertas conductas como delitos de desertión con independencia del elemento subjetivo, ello implica que el hecho de que cierta conducta sea considerada jurídicamente como delito o no, no viene condicionado por la consideración al empleo militar del sujeto activo, resultando indiferente si es personal de tropa, Suboficial u Oficial, valorándose otra serie de factores que deben concurrir para la comisión de este tipo penal.

Para el correcto análisis de esta materia debe atenderse a diversas referencias normativas que se han ido sucediendo para la regulación de distintos aspectos que antes solo venían regulados en ese Código de Justicia, destacando básicamente entre otras, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*; la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, *de Código Penal Militar*; la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, *de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*; y Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar*, y las recientes Ley 8/2014, de 4 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* y el nuevo Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre.

A este respecto, conviene subrayar que el Código Penal Militar del año 1985<sup>598</sup> implicó una adaptación de las leyes penales al contenido de la Constitución Española, en especial para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 117.5 y a los principios

---

<sup>598</sup> Aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

de igualdad, legalidad, culpabilidad y retroactividad de la ley más favorable, culminando una reforma esperada de la Justicia militar mediante la regulación por una ley propia de los aspectos procesales<sup>599</sup>. El Código de aquel momento supuso un avance en el sentido indicado, sin embargo adolecía de ciertos defectos, pues no puede obviarse el hecho de que se tratara de una ley con una extensión desproporcionada.

Debido a la evolución social, surgió la necesidad de dar luz a un nuevo Código penal, en el sentido que disponía asimismo la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*. A mayor abundamiento, tal reforma se requería debido a que era más lógico y conforme con los principios generales de todo ordenamiento jurídico el hecho de que se diera origen a una norma especial, y que por tal naturaleza, regulara tan sólo aquello que fuera preciso prever por las peculiaridades con respecto al Derecho penal común, encontrándonos en un campo estrictamente castrense.

En base a la unidad jurisdiccional que predica la Constitución española, y en consonancia con la misma se trató de reducir la competencia de la jurisdicción militar lo máximo posible, quedando limitado a lo estrictamente necesario por la especialidad de tal jurisdicción. Sobre esta base se dio luz al Código Penal Militar del año 1985 dando protección a bienes jurídicos de naturaleza estrictamente castrense fundamentándose en los fines que persiguen las Fuerzas Armadas, los medios puestos a su disposición para la consecución de los mismos y la especificidad de las obligaciones y los deberes inherentes a la condición de militar o al cargo que desempeñan en cada momento, cuya vulneración puede constituir una conducta tipificada en la norma como ilícito penal, todo lo anterior en los términos expuestos más arriba en este trabajo.

Sin embargo, en los últimos tiempos se han producido ciertos cambios que motivan la necesidad de una nueva reforma en la materia, básicamente por las modificaciones en la estructura de los Ejércitos y la profesionalización de sus miembros, habiéndose eliminado la figura del militar de reemplazo y asimismo por la participación cada vez más frecuente de nuestras tropas en misiones internacionales al servicio de las funciones de organizaciones internacionales, como parte de las mismas. Ligada a esta última cuestión es la de la previsión de conductas delictivas en cuanto

---

<sup>599</sup> Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar*.

vulneran las normas del Derecho Internacional Humanitario, sumado a la necesidad de prever otras que vulneren los derechos fundamentales y las libertades públicas de quienes ostenten la condición de militar a la luz de la Ley Orgánica del año 2011, y por último la actualización del lenguaje técnico-jurídico empleado en el Código.

Y por todas las razones mostradas se publica el nuevo Código Penal Militar<sup>600</sup>, el cual simplifica la materia y reduce en extensión -de manera notabilísima- su articulado para dar cumplimiento al principio de complementariedad de la ley penal de naturaleza militar, evitando reproducir principios generales de derecho penal que ya se nos muestran en el derecho común.

El nuevo Código incluye a los miembros de la Guardia civil dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, pero tan sólo cuando desarrollen funciones estrictamente militares, debido a que puede que se trate de funciones de carácter policial, y no militar, lo que escaparía en este último caso del ámbito de aplicación del nuevo Código penal militar. Tiende de nuevo a la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses, esto es, trata conductas que puedan directamente afectar a la disciplina, la jerarquía, la unidad y la cohesión de sus miembros<sup>601</sup>.

La esfera de competencia de la justicia militar queda delimitada por delitos específicamente militares y además por aquellas conductas ilícitas comunes pero siendo necesario que sean cometidas por quien ostente la condición de militar -por una cuestión

---

<sup>600</sup> Aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre.

<sup>601</sup> La doble naturaleza de los miembros de la Institución de la Guardia civil –pudiendo ser juzgados en condición de militares en el sentido del ejercicio de funciones estrictamente castrenses-, ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia, y una muestra de ello lo es la Sentencia de la Sala 5ª, de 25 de enero de 2011, en cuanto a las limitaciones de tales sujetos en el ejercicio de la libertad de expresión, pues entiende que el mismo no solo está sujeto a las limitaciones que se derivan de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 20 de la Constitución Española, sino también a las limitaciones “específicas propias previstas para la función castrense contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora de su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar, es decir la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna...” La base de esta doctrina del Supremo se fundamenta en la intención de mantenimiento de la disciplina consustancial a las Fuerzas Armadas y a los institutos armados de naturaleza militar.

Se reconocen en el Código Penal conductas atentatorias contra la defensa nacional, el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas y contra los deberes del servicio. Vide M. MARTÍN VICENTE, *Caracterización jurídica de la Guardia civil*, en REDM. 55 (1990) pp. 204 ss.; J. A. JALDO RUÍZ-CABELLO, *Conflictos jurisdiccionales: doctrina en el ámbito penal y disciplinario en relación con los miembros de la Guardia Civil* (Madrid 2013) pp. 7 ss.

subjetiva- y que afecten a bienes jurídicos propios de la Institución, esto es la eficacia de la organización militar y especial afectación al servicio.

Se prevé la reincidencia como circunstancia agravante y como atenuante la provocación por parte del superior sobre el subordinado, de modo que lo ponga en una situación por la que este último responda con obcecación o arrebató; tales circunstancias deben valorarse a los efectos de graduar la pena a imponer, en base a los principios de proporcionalidad e individualización de la misma, para hacer que sea lo más acorde posible con las circunstancias que hayan rodeado al autor y con la específica afectación que dicha conducta haya ocasionado sobre el servicio<sup>602</sup>.

Se observa asimismo una simplificación en el sistema de penas previsto en concordancia con el Código penal común, distinguiendo entre penas graves y menos graves, introduciéndose la pena de multa como alternativa para los delitos culposos, la pena de localización permanente<sup>603</sup> y la revocación de los ascensos.

Es en el Capítulo III del Título IV del Libro Segundo en el que se recogen los delitos contra el deber de presencia de todo militar, objeto de estudio de este trabajo, tipificando como ilícitos penales el abandono de destino y el de residencia, y coordinando tales previsiones con las dispuestas en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

El delito de deserción recoge un elemento intencional, cual es el de sustraerse de manera permanente al cumplimiento del servicio por parte del ausente o quien no se presenta en su unidad o lugar de residencia. Con respecto a este deber de presencia el Código viene a recoger como conductas típicas aquellas que implican ausencias frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, o quedarse en tierra a la

---

<sup>602</sup> J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español* (Madrid 1988) pp. 887 ss.; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Madrid 1996) pp. 127 ss.; M. L. CUERDA ARANAU, *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal* (Valencia 1997) pp. 447 ss.; N. GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español*, en *CDP. 5* (1998) pp. 191 ss.; G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal* (Madrid 2006) pp. 241 ss.

<sup>603</sup> Viene a sustituir a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pues esta última carece de sentido en el ámbito castrense. Vide N. TORRES ROSELL, *Contenido y fines de la pena de localización permanente*, en *Indret* (Revista para el análisis del Derecho), en [http://www.indret.com/pdf/868\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/868_1.pdf) (Consulta de 15 de noviembre de 2015).

salida de buque o aeronave militar, o bien la simulación con la pretensión de eximirse del servicio por parte de quien protagoniza tal simulación. Por último, respecto de estas conductas relativas a la vulneración del deber de presencia de todo militar el Código prevé la sanción de los meros actos preparatorios<sup>604</sup>.

Respecto del abandono por parte de un militar de su destino o de su lugar de residencia establece un elemento objetivo, como es del plazo de tres días, para delimitar la conducta constitutiva de un ilícito de naturaleza penal. El plazo exigido para la comisión del delito es más breve, de veinticuatro horas, en caso de conflicto armado o de haberse declarado el estado de sitio<sup>605</sup>.

El delito de deserción exige la concurrencia de un elemento volitivo, de conciencia del sujeto activo de la acción, consistente en su intención de no incorporarse y sustraerse al cumplimiento de sus funciones militares de un modo permanente; pongamos el ejemplo del militar que viaja a su país de procedencia sin causa justificativa de la falta de incorporación a su puesto de trabajo, y sin conocimiento ni autorización de sus Mandos. La pena que lleva aparejada tal conducta se agrava en caso de que el delito de deserción se cometa en tiempo de conflicto armado o declarado el estado de sitio, lo que parece lógico por el carácter especialmente grave de la situación, pues se trata de un supuesto de pérdida de personal de nuestras Fuerzas Armadas frente a fuerzas enemigas que ponen en peligro la propia integridad territorial del Estado español.

---

<sup>604</sup> Delito de deserción tipificado en el artículo 120 y esas conductas especiales se recogen en los números 121, 122 y 123 del Código Penal del año 95, y asimismo la nueva regulación viene recogida en los artículos 57 y 58, respectivamente, de la nueva Ley. Así, el art. 57 expone: “El militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare, pudiendo hacerlo, cuando tengas la obligación de efectuar su incorporación, será castigado, como desertor,...”. Por su parte, el art. 58 establece: “El militar que se ausentare o no se presentare debiendo hacerlo, incumpliendo la normativa vigente, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuera la duración de la ausencia,...será castigado... Si el hecho tuviere lugar en circunstancias críticas...”.

<sup>605</sup> El cómputo de los plazos señalados para que pueda hablarse de una conducta ilícita debe hacerse desde el día en que se produce la ausencia o falta de presencia hasta que el militar hace su incorporación a su lugar de destino o residencia. Esta figura delictiva venía contemplada en el anterior artículo 119, y actualmente se prevé en el artículo 56 del nuevo Código Penal Militar, que expone, “1. El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado... 2. En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada...3. Para el cómputo de los referidos plazos se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación.”



El nuevo Código tipifica asimismo conductas de falta de presencia del militar con independencia del plazo de permanencia en tal situación, si en ese caso se tratara de la obligatoriedad de presentarse frente al enemigo, o rebeldes o sediciosos. Tipifica asimismo conductas de inutilización voluntaria por parte de un militar que trate de auto-impedirse para el cumplimiento de sus obligaciones militares o bien que emplee cualquier tipo de engaño simulando lesión, enfermedad o cualquier otra circunstancia que le exima del servicio. Por último, de manera expresa se condenan los actos preparatorios de tales conductas si bien aplicándose la pena -que a tales delitos corresponden- inferior en uno o dos grados, salvo que nos encontremos de nuevo en una situación crítica de conflicto armado o estado de sitio, ya que tales conductas llevarán entonces aparejadas las penas correspondientes a los autores de tales delitos<sup>606</sup>.

#### **A. Criterios de imputación penal por incumplimiento del deber de presencia**

En cuanto al tipo de hechos ilícitos que configuran, sensu contrario, el deber de presencia del militar, cabe hacer una clasificación de los distintos sistemas de técnica legislativa. Así, existen los criterios formalistas que tipifican estos delitos centrándose en la concurrencia del elemento objetivo que puede ser de carácter temporal o espacial, sin atender al elemento subjetivo. Este sistema es adoptado por el Derecho francés e italiano entre otros, como ciertos territorios sudamericanos, por ejemplo Brasil, Argentina o Venezuela. El segundo sistema es el espiritualista, el cual añade para la comisión del delito de deserción la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de sustraerse del servicio mantenida con carácter permanente; de modo que si no existe tal intención permanente, por muy largo que sea el periodo de tiempo que haya durado la ausencia del militar estaríamos ante la posibilidad de comisión de otro tipo de hecho delictivo a él imputable, pero no de un delito de deserción. Este el

---

<sup>606</sup> Anteriores artículos 125 y 126, y 129 respectivamente del Código Penal Militar y actualmente tal regulación se contempla en los artículos 59 y 60 de la nueva Ley. Así, el artículo 59 dice literalmente: “El militar que, para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes u obtener el cese o el cambio en la relación de servicio, se inutilizare o consintiere que otra persona le inutilice por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, simulare enfermedad o lesión, o empleare cualquier otro engaño, será castigado...En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, inutilizare o facilitare la simulación a un militar, con el mismo fin a que se refiere el párrafo anterior...” El Artículo 60, como Disposición común a este tipo de delitos contra el deber de presencia dispone que: “La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Capítulo se castigarán...No obstante, en situación de conflicto armado o estado de sitio, la provocación, la conspiración y la proposición, así como la complicidad, se podrán castigar...”

sistema propio de Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, y seguido asimismo por los sistemas germánicos. A todo lo demás debe unirse la mención de un sistema mixto que exija tanto la concurrencia de un elemento objetivo como del subjetivo para la existencia del delito de desertión, sistema seguido entre otros por Cuba, Ecuador u Holanda<sup>607</sup>.

A la luz de estos sistemas debe aclararse que, al respecto de posibles infracciones que vulneran el deber de presencia de todo militar, es posible diferenciar dos conductas: el militar que se ausente con la intención de eludir el servicio o pretende hacerlo, con intención de mantenerse en dicha situación de manera indefinida; sin embargo, puede darse tan sólo una ausencia no autorizada cuando el militar se toma unos días de permiso para regresar más tarde de modo injustificado, o tan sólo se ausente para una tarea concreta, pero lo hace en todo caso sin autorización y de manera consciente o negligente, pero nunca con intención de evitar de modo permanente el cumplimiento de las funciones propias de su cargo o servicio.

La desertión constituye una conducta delictiva sin que en ningún caso pueda ser tratada como una infracción de naturaleza disciplinaria, a diferencia de lo que ocurre con la ausencia injustificada, pues sólo será constitutiva de un ilícito penal en el caso de que adquiera cierta entidad, lo que normalmente se fija por las distintas legislaciones en virtud del transcurso de un periodo de tiempo de esa falta de presencia, traspasado el cual se considera cometido el delito<sup>608</sup>.

---

<sup>607</sup> J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Deserción* (Barcelona 1955) pp. 246 ss.; P. RUBIO TARDÍO, *La desertión*, en REDM. 19 (1965) pp. 9 ss.; J. M. GARCÍA LABAJO, *Delito de desertión militar*, en R. BLECUA FRAGA Y J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (Coords.), *Comentarios al Código Penal Militar* cit. pp. 1515 ss.; R. MAURACH Y H. ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires 1994) pp. 395 ss.; D. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal* cit. pp. 389 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* (Barcelona 1998) pp. 263 ss.; F. MUÑOZ CONDE-M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* (Valencia 1998) pp. 316 ss.; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte general* (Valencia 2004) pp. 531 ss.

<sup>608</sup> En los sistemas objetivistas esa distinción de conductas y diferenciación en el tratamiento de las mismas no es posible, ya que si la situación de ausencia producida no alcanza un lapso de tiempo fijado rigurosamente por la legislación no será en ningún caso constitutivo de delito, quedando por otro lado impunes tales conductas en la esfera penal, sin perjuicio de que puedan ser objeto de reproche de naturaleza disciplinaria. Desde el otro lado nos encontramos además con conductas que traspasan los plazos fijados legalmente y que por tanto, aun cuando no concurra en el autor ninguna intención por su parte de eludir con carácter permanente (es decir superando ese plazo) el servicio, ya son constitutivas de un delito de desertión. Parece por tanto que a estos efectos y para salvar los defectos anteriormente expuestos surge el sistema espiritualista o mixto. Vide J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Faltas militares*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* 9 (1958) pp. 619 ss.

En cuanto al sistema español, nuestro ordenamiento castrense tradicionalmente había seguido un criterio puramente formalista sobre la base del criterio del plazo de tiempo transcurrido mientras perduraba la situación de falta de presencia del militar, pero resultando evidentes los defectos mostrados por este sistema se trató de dar respuesta a los mismos por la jurisprudencia, saliendo a luz una jurisprudencia contradictoria. Surgieron así varios estudios en los que se trataba de introducir un elemento subjetivo en el sistema a la hora de configurar el delito de deserción. Tal influencia se dejó notar en el Anteproyecto de Código penal militar de 1982, en el que se recogen dos posibles modalidades del delito de deserción, o bien por la concurrencia del citado elemento subjetivo (intención de sustraerse al cumplimiento del servicio, con independencia del plazo que transcurra en dicha situación el sujeto), o bien por una cuestión meramente objetiva (de transcurso del plazo establecido)<sup>609</sup>.

Nuestra legislación castrense ha sufrido pues una evolución en cuanto a la fijación de los criterios de delimitación de los tipos delictivos relativos al incumplimiento del deber de presencia; de modo que se ha pasado de un sistema formalista basado en criterios objetivos, a otro sistema de carácter subjetivo o espiritualista ya que no se fundamenta en elementos objetivos espaciales o temporales, sino en la valoración y necesidad de concurrencia de la intención subjetiva del autor, pues sólo podría hablarse de deserción en el caso de que el sujeto tuviere la intención de sustraerse con carácter permanente de sus obligaciones militares<sup>610</sup>.

Asimismo, debemos reseñar las modificaciones que se han ido produciendo como consecuencia de la desaparición de un tipo de sujeto activo, posible autor, de estos

---

<sup>609</sup> Vide J.M. GARCÍA LABAJO, *Delito de Deserción* cit. pp. 1515 ss. Sobre esta segunda modalidad reflejaba el proyecto: “Se perpetra de inmediato, cuando la ausencia se produce con la intención de sustraerse permanentemente a las Fuerzas Armadas, ya se logre y se lleve a cabo finalmente este designio, ya regrese posteriormente el desertor en cualquier tiempo...: elemento espiritual o subjetivo, el ánimo de abandonar para siempre el Ejército.”

<sup>610</sup> A. MILLÁN GARRIDO, *El delito* cit. pp. 25 ss. Se establece consecuentemente un sistema subjetivo, centrándose en el *animus deserendi*, esto es, la intención de alejarse de modo permanente del cumplimiento de las obligaciones que incumben al sujeto en su condición de militar, con independencia de su empleo de tropa, Suboficial u Oficial y asimismo sin importar tampoco la duración de su ausencia. Sólo cuando concorra tal intención se podrá hablar de un delito de deserción, en otro caso podemos hablar de otra conducta punible pero no de este tipo delictivo concreto. Si no existe tal intención, cabe hablar de un delito de abandono de destino o residencia, para cuya tipificación se tienen en cuenta criterios de carácter objetivo, ya que se habla de este delito cuando se trata de ausencia del militar de su Unidad, encontrándose fuera de todo control militar durante un determinado periodo de tiempo; castigándose como autor de un delito de abandono de destino o de residencia a quien se ausenta de manera injustificada durante más de tres días.

delitos de los que venimos tratando, el militar de reemplazo<sup>611</sup>. Con estas reformas se ven afectados diversos aspectos, pues es necesario derogar los preceptos relativos al militar de reemplazo; la referencia al sujeto activo del delito de deserción ya no por tanto “el militar”, sino “el militar profesional o el reservista incorporado”; igualmente se deben revisar las sentencias condenatorias firmes y no ejecutadas totalmente, que fueron dictadas por hechos que en la actualidad dejan de ser constitutivos de delitos, y la consiguiente cancelación de los antecedentes penales derivados de tales hechos, y por último se vuelve necesario el archivo de los procedimientos incoados por tales hechos y respecto de los que aún no haya recaído sentencia firme<sup>612</sup>.

Las figuras delictivas que se tipifican en el Código Penal del año 85 por parte del sujeto que ostenta la condición de militar, y que derivan del incumplimiento de su deber de presencia -al margen de las consecuencias disciplinarias que de ello pudieran resultar, y que trataremos más a delante- son, en resumen, tres: abandono de destino o residencia, deserción y figuras especiales de quebrantamiento del deber de presencia.

Veamos en primer lugar la regulación de estas figuras en la redacción anterior, vigente hasta enero del año 2016 y que hemos visto aplicar en numerosas ocasiones a nuestros órganos jurisdiccionales hasta una época reciente, para analizar posteriormente la regulación actual en la materia a raíz de la entrada en vigor del actual Código Penal Militar. En virtud de la regulación anterior, podemos afirmar que el primer tipo que aparece recogido en la norma es el delito de abandono de destino o residencia, tipificado en el anterior artículo 119 del Código Penal Militar<sup>613</sup>; el segundo es la deserción, tipificado en el antiguo artículo 120 del mismo Cuerpo legal<sup>614</sup>; y un tercer tipo en el

---

<sup>611</sup> La Disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, *de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas*, determina que a partir del 31 de diciembre del año 2002 queda suspendida la prestación del servicio militar, regulado en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, *del Servicio Militar*; finalmente haciendo uso el Gobierno de la época de la facultad que permitía la Disposición transitoria decimotercera de la mencionada Ley, se procedió a la suspensión del servicio militar obligatorio con fecha 31 de diciembre de 2001 mediante Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo.

<sup>612</sup> Con el nuevo Código Penal Militar (Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre) tampoco puede hablarse del militar profesional o el reservista activado como presunto autor de tales figuras delictivas, se habla tan sólo del militar, tal como resulta literalmente del artículo 57.

<sup>613</sup> El artículo 119 del Código Penal Militar castiga al “militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por plazo de tres días, o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación”.

que se incluyen figuras especiales de quebrantamiento del deber de presencia, lo que abarca conductas de ausencia injustificada frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, con indiferencia del plazo de duración de tal ausencia, asimismo comprende la ausencia injustificada en situaciones críticas, con indiferencia también en este caso del plazo de duración de la misma, y por último, se castiga al que se quede injustificadamente en tierra a la salida del buque o aeronave de cuya dotación se encuentre formando parte, siempre que dicho comportamiento no esté comprendido en los tipos anteriores.

Finalmente, se tipifica como delito la conducta del que incitare a militares a cometer delitos de abandono de destino o residencia, o de desertión, haciendo apología de los mismos o de sus autores, o les auxiliara o encubriera. Aun cuando no ostentaren condición de militares, quedarían sometidos a la Jurisdicción militar, como partícipes de un delito de ausencia o desertión.

El delito de abandono de destino o residencia es un delito de omisión pues tipifica la no presencia en la Unidad, el destino o lugar de residencia del sujeto obligado por tal deber vinculado por la obligatoriedad de su disponibilidad permanente. El tipo del anterior artículo 119 del Código Penal Militar recoge dos conductas: la primera consistente en ausentarse injustificadamente, la segunda, en no presentarse pudiendo hacerlo. Estas figuras delictivas son sustancialmente diferentes, en cuanto a que en la primera la ausencia no es ajustada a la norma desde el momento inicial, ya que el militar que debiendo permanecer en un lugar determinado, como es su unidad, su destino o su lugar de residencia, no lo hace, colocándose en una situación antijurídica desde el momento inicial; ahora bien, la conducta es susceptible de ser castigada desde el momento en que se cumplen los plazos que marca la ley. Sin embargo, en la segunda de estas conductas omisivas el sujeto se encuentra ausente, pero tal ausencia en un primer instante no es antijurídica pues está autorizada, si bien en el momento en que excede de los límites legales su falta de incorporación, es cuando surge la conducta delictiva como consecuencia del incumplimiento del deber de presencia<sup>615</sup>.

---

<sup>614</sup> Artículo 120 del Código Penal Militar reza de la siguiente manera, “Comete desertión el militar profesional o reservista incorporado que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia”.

<sup>615</sup> F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Comentarios al Código Penal Militar* (Madrid 1986) pp. 1032 ss.; J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General* (Barcelona 1990) pp. 370 ss.; R. MAURACH-H. ZIPF, *Derecho Penal* cit. pp. 358 ss.

## B. El sujeto activo de estas conductas delictivas

Una vez desaparecida, como dijimos, la figura del militar de reemplazo, el sujeto activo de los tipos penales que derivan del incumplimiento del deber de presencia es el militar profesional. Sin embargo, podemos pensar que el calificativo de “profesional” que hacía la ley es innecesario tras la profesionalización del Ejército, pues resultaba ser un término redundante.

Por tanto, el sujeto activo de los delitos que derivan del incumplimiento del deber de presencia es, en términos generales, el militar. Y el propio Código Penal Militar considera como militar a quien posea tal condición con arreglo a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma<sup>616</sup>, y durante el tiempo que se encuentren en situación de actividad o de reserva, con las excepciones marcadas por la legislación específica. En tal concepto se incluye a los profesionales permanentes de las Fuerzas Armadas, a los que ostenten la condición de alumnos en las Academias o Escuelas Militares, a quienes presten servicio en escalas de complemento y a los que “con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión gubernativa”<sup>617</sup>.

Tradicionalmente, había sido importante en la regulación penal castrense de nuestro ordenamiento, a efectos de valorar la autoría de las conductas por las que se infringe el deber de presencia la distinción entre militares de carrera, los militares de complemento y los militares de Tropa y marinería<sup>618</sup>.

---

<sup>616</sup> Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento general de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional*; y asimismo con carácter general debemos reseñar la Ley 17/1999, de 18 de mayo, *de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas*. Vide P. T. NEVADO MORENO, *La función pública militar* (Madrid 1997) pp. 228 ss.

<sup>617</sup> L. FARIÑA BUSTO, *Sobre las situaciones militares*, en REDM. 39 (1982) pp. 107 ss.; J. M. PEÑARRUBIA IZA, *Presupuestos constitucionales de la Función Pública* (Madrid 2000) pp. 96 ss.; E. B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente*, en *La Ley Penal* 58 (2009) pp. 44 ss.

<sup>618</sup> La condición de militar se adquiere según los casos; en el primero lo son desde el momento de la obtención del correspondiente empleo e incorporación al Cuerpo que corresponda, mientras que en los otros dos casos señalados se adquiere desde el momento de la firma de los compromisos; y todo ello sin dejar de tener en cuenta que es requisito previo la superación del correspondiente plan de estudios, si

La conducta tipificada a la que nos venimos refiriendo relativa a los incumplimientos del deber de presencia, como una forma de ausencia y que es punible en el ámbito penal y disciplinario militar, es la no presencia de su Unidad, destino o lugar de residencia, sumada a dos requisitos como son el haber transcurrido un determinado tiempo en esa situación que podemos denominar de ausencia y además haciéndolo sin causa justificativa de la misma. Se basa en definitiva en el deber que todo militar tiene de estar presente en el lugar donde debe prestar el servicio para el que haya sido designado dentro de la maquinaria de las Fuerzas Armadas, por ello el tipo especifica que la falta de presencia lo sea de su “unidad, destino o lugar de residencia”.

### **C. Elementos objetivos del delito**

#### **1. La residencia del militar y lugar de localización**

Actualmente el concepto de “lugar de residencia” para los militares es más amplio que el que se entendía en el pasado, y ello es así por los avances alcanzados por los medios de transporte y las facilidades que ello implica. Se puede llegar incluso a la situación de que el lugar de residencia no coincida con el lugar donde se encuentra su Unidad de destino, siempre que se encuentre en condiciones de incorporarse al servicio en las condiciones que para ello se requieran, y no es extraño tampoco pensar en la posibilidad de que el lugar de residencia cambie de manera eventual, como es el caso de la autorización de tal residencia en lugar distinto del de residencia habitual para el periodo de permiso. En cualquiera de los casos, la falta de presencia en el lugar en que se haya fijado la residencia es constitutiva del delito de abandono, siempre que se deba permanecer allí en el momento concreto que es objeto del hecho enjuiciado y que no exista causa justificativa de lo contrario. Esta es una modalidad dentro de las figuras delictivas vulneradoras del deber de presencia de todo militar que ha mantenido el nuevo Código Penal Militar en su artículo 56.

---

bien, quedando incorporados los alumnos a las Fuerzas Armadas desde el momento de su incorporación a los centros de formación, pues desde ese mismo instante quedan sujetos a leyes penales y disciplinarias, sometidos a los derechos y obligaciones que como tal les corresponde; y sin obviar a aquellos que se encuentran en situación de retiro, de servicios especiales y de excedencia voluntaria en supuestos concretos. Vide L. COTINO HUESO, *El reto de la profesionalización total de la Administración militar. Constitución y nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica* (Madrid 1998) pp. 289 ss.; A. PÉREZ MORENO, *La profesionalización de las Fuerzas Armadas. Cambios y adaptaciones internas*, en *Cuadernos de Estrategia* 104 (1999) pp. 65 ss.

Este extremo es específico de quienes ostentan la condición de militar, una muestra más de su especial deber de estar localizados y poder hacer efectivo el deber de absoluta disponibilidad para el servicio, estando localizados en todo momento. Sobre este punto existe abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su Sala Quinta<sup>619</sup>.

Los delitos que tratamos tienen por objeto la ausencia de un sujeto, siendo irrelevante la distancia a la que se encuentre de su lugar de residencia, y siendo asimismo irrelevante el hecho de que se encuentre en paradero desconocido, o bien que esté o pueda estar localizable en un lugar concreto, sin perjuicio -claro está- de que tales circunstancias pudieren valorarse para hacer efectivos los principios de proporcionalidad e individualización de la correspondiente condena que procediera en su caso a los hechos que hubieran quedado acreditados como constitutivos de este tipo de naturaleza penal. Como venimos diciendo, se trata de proteger con ello un bien jurídico básico en la Institución que, como decíamos, es la efectividad de su deber de permanente disponibilidad, evitando que esto revierta en una cuestión meramente hipotética.

## **2. La ausencia injustificada**

Un requisito básico que debe concurrir para que la falta de presencia del militar pueda ser objeto de enjuiciamiento en el correspondiente procedimiento penal es que tal ausencia sea injustificada. Ello implica que esa conducta será judicializada sólo en el caso de que el militar se ausente sin autorización que le ampare para ello, y sin concurrir circunstancia impeditiva para efectuar su presentación en el lugar debido, o como dice la norma, *pudiendo hacerlo*. La palabra “injustificadamente” que emplea el antiguo art.

---

<sup>619</sup> Vide, por ejemplo, Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000: “La jurisprudencia hace hincapié en la doble vertiente que el deber de presencia tiene para el militar, en cuanto debe acudir, por un lado, a su unidad de destino para prestar el servicio que le corresponda y debe hallarse, por otro, en la localidad o lugar de su residencia oficial, con el fin de estar permanentemente disponible para el servicio.” Por otro lado, la Sentencia de 22 de octubre de 2001, que hace referencia a la de 7 de octubre de 1997, matiza esa diferenciación que hace el Código Penal Militar entre abandono de destino y abandono de residencia: “el art. 119 del CP militar no menciona tan sólo el abandono de destino, sino también el de residencia. El deber de presencia del militar tiene una doble vertiente, por una parte debe acudir a su Unidad o destino para prestar el servicio que le corresponda; por otra parte, debe hallarse en la localidad o lugar de su residencia oficial con el fin de estar permanentemente disponible para el servicio; disponibilidad que se quiebra cuando el militar se ausenta de su domicilio donde tiene su residencia, sin conocimiento y autorización de sus superiores... como reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala (sentencia, entre otras, de 21 Jun. 1999) “el hecho de no poder prestar servicio, en ningún caso supone que no tenga que permanecer el interesado en el lugar de su residencia”.



119 de la norma penal castrense referido a la ausencia de un militar no puede entenderse como la no concurrencia de ninguna de las causas de justificación, sino que tal ausencia debe ser contraria al marco normativo legal y reglamentario y por tanto no puede quedar, jurídicamente hablando, amparada.

Este requisito de la falta de justificación de la ausencia ha planteado problemas en la práctica jurisdiccional debido al complejo tema de las bajas médicas. Actualmente existe una normativa reguladora de la situación de bajas médicas del personal militar y de su procedimiento, lo que ha aclarado bastante la problemática en este campo, sin embargo la cuestión era diferente en una época anterior, caracterizada por la falta de normativa al respecto<sup>620</sup>.

Este parece un problema resuelto con la entrada en vigor del nuevo Código Penal Militar, pues elude el término “injustificadamente” refiriéndose a la falta de presencia del militar en su lugar de destino o residencia, haciendo referencia de manera amplia a una conducta contraria o vulneradora de la normativa vigente.

Jurisprudencialmente ha habido toda una evolución acerca de la concurrencia de una circunstancia de baja médica que puede, en su caso, llegar a justificar la situación de ausencia del imputado por un delito de abandono de destino. La Sala Quinta del Tribunal Supremo señala que lo relevante es determinar si el bien jurídico protegido por el tipo penal se ha visto afectado, en el sentido de que se valore si ha concurrido causa o no que impidiera al militar el debido cumplimiento de sus obligaciones que en su

---

<sup>620</sup> La Ley 17/1999, de 18 de mayo, *de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas*, atribuía a la Sanidad Militar competencia exclusiva a efectos de dictaminar insuficiencia de condiciones psicofísicas. Como desarrollo de tal materia se dictó la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, que quedó derogada por la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, *por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio del personal militar*. Con anterioridad a la regulación actual de esta materia regía la regla en base a la cual cualquier documentación médica acreditativa de la situación de insuficiencia de condiciones psicofísicas del imputado -que implicaba la incapacitación temporal para el servicio- con independencia de la procedencia de tales informes médicos (procedieren de la Sanidad militar o de la civil) se entendía que era causa suficiente de la baja médica, cesando con ello su obligación de acudir a su Unidad a prestar su servicios de manera habitual. De igual modo, si la baja médica se producía encontrándose el militar fuera de la plaza en la que se encontrare su Unidad, bastaba con la remisión del oportuno dictamen facultativo para que la falta de presencia del militar quedara impune de manera absoluta. En este último caso, sí habría que distinguirse entonces si el dictamen facultativo prescribía una baja domiciliaria, con lo que su permanencia en el lugar fuera de la plaza de su Unidad estaría justificada, o por el contrario, si el facultativo prescribía una baja ambulatoria, en cuyo caso el militar debía incorporarse al lugar donde se encontrara encuadrada su Unidad de destino, aun cuando estuviere exento de prestar servicios.

condición de tal le corresponden, y en concreto los deberes de disponibilidad y presencia, como elementos integrantes de su estatuto jurídico.

En principio, la situación de enfermedad sólo podría ser causa justificativa de la ausencia en el supuesto de que las limitaciones que recaen sobre quien la padece, le impidan objetivamente el cumplimiento real de tales deberes<sup>621</sup>. En determinados supuestos, la conducta puede que tan sólo llegue a constituir una falta de naturaleza disciplinaria, en el caso de que se trate tan sólo de un incumplimiento de la normativa relativa a la regularización y control de la situación de las bajas médicas, en concreto, la actual Instrucción 1/2013, de 14 de enero de la Subsecretaría de Defensa, *por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio del Personal militar*<sup>622</sup>. Ahora bien, si en realidad se trata de una baja médica que no impide a quien la padece acudir a su Unidad, sí podríamos en principio hablar de una conducta delictiva, en el caso de que se cumplan la totalidad de los elementos del tipo penal específico de que se trate.

El deber de disponibilidad tan sólo es cumplido cuando el militar ausente por razón de baja motivada por una enfermedad se someta al control de sus Mandos<sup>623</sup>. Se trata en definitiva de impedir que quede en manos exclusivamente de la voluntad del interesado decidir si se encuentra en condiciones o no de cumplir con el conjunto de sus

---

<sup>621</sup> En este sentido la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012, versaba sobre el supuesto en que el militar se encontraba afectado por un trastorno ansioso-depresivo, lo que sin embargo no era obstáculo para ponerse en contacto con su Unidad y estar permanentemente localizado, así como tampoco existía causa impeditiva para acudir a los servicios sanitarios de su Unidad para regularizar su situación.

<sup>622</sup> Anterior Instrucción 169/2001, de 31 de julio del Subsecretario de Defensa, *por el que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional*. En virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2011 resulta que, "...en situaciones de enfermedad acreditada, no es delito formal que se perfeccione por el mero incumplimiento de las previsiones normativas reguladoras de las bajas por enfermedad... La ausencia también puede considerarse justificada más allá de dicho marco normativo cuando el ausente demuestre junto al hecho de la enfermedad, que observó los deberes de localización y disponibilidad respecto de sus Mandos... Lo decisivo para que aflore el delito no consiste, por tanto, en la infracción de la subyacente norma reglamentaria con los efectos disciplinarios que le son propios, sino la afectación del bien jurídico que la norma penal protege, porque no puede concebirse cualquier delito sin bien jurídico merecedor de protección, el cual representa el núcleo básico del contenido del injusto..."

<sup>623</sup> En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Quinta de fecha 21 de febrero de 2011, que señala: "Ya decíamos en Sentencia de 11 de mayo de 2006, con cita prolija de la jurisprudencia de la Sala, que la situación de baja médica, en que transitoriamente puedan encontrarse los militares, no les exime del cumplimiento de la obligación esencial de disponibilidad y sumisión a control de sus Mandos, que constituye el presupuesto elemental para la observancia de otros deberes."

obligaciones, si no existe causa de enfermedad que se acredite de manera fehaciente y que le hubiera impedido presentarse en su Unidad.

Respecto de la falta de concurrencia del elemento cognoscitivo de la conducta ilícita que se está cometiendo por un militar, en primer lugar debemos aludir al artículo 6 del Código civil, en virtud del cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento; ahora bien, asimismo ha manifestado el Tribunal Supremo que en estos casos además deben de tenerse en cuenta una serie de factores sociológicos y culturales que rodean al militar, así como su grado de formación y sus conocimientos<sup>624</sup>, entre otros elementos que pudieran haber concurrido<sup>625</sup>.

### 3. El plazo de la ausencia

Otro de los requisitos exigidos por el anterior Código castrense para que concurriera el tipo penal de abandono de destino, además de que se trate de una situación de ausencia injustificada, es el del transcurso del plazo fijado por la ley durante el cual debe prolongarse la falta de presencia del militar. Lo anterior no implica que la ausencia por un plazo inferior al requerido para que el hecho llegue a ser constitutivo de delito esté permitida, sino que en su caso, daría lugar a la comisión por parte del militar ausente de una falta de carácter disciplinario, que posteriormente analizaremos en este punto. Lo que queremos señalar con lo anterior es que, aun cuando

---

<sup>624</sup> Así en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2012, expone que,

*Ha de partirse de la presunción de que en la actualidad un profesional de la milicia conoce perfectamente, desde los primeros momentos de su integración en las Fuerzas Armadas –y aun cuando no haya recibido una específica instrucción o formación técnico o teórica respecto al Código Penal Militar en relación, en concreto, al delito de desertión o al de abandono de destino, en su caso-, que el abandono de la sede de su Unidad, sin la aprobación y ni siquiera el conocimiento de sus superiores, resulta una actividad grave que no es lícita.*

Asimismo sentencias como la de fecha 27 de enero de 2011 y de 16 de noviembre de 2012, siguiendo la línea marcada por otras sentencias anteriores como la de 4 de marzo y 4 de noviembre de 2005, de 3 de noviembre de 2008 y 18 de junio de 2009, hacen constar el deber de continua comunicación con el Mando, en el sentido de que,

*En el ámbito militar, la consulta al superior por parte del subordinado es el proceder correcto para establecer las alternativas o las posibilidades de decisión o actuación, muy en particular en cuestiones tan eminentemente necesitadas de autorización como son el abandono del lugar de residencia o destino.*

<sup>625</sup> Sentencias como las de fecha 16 de mayo de 2005, las de 7 de mayo y 3 de noviembre de 2008, 18 de junio de 2009, 27 de enero de 2011, y de 16 de noviembre del 2012, entre otras, tratan de la apreciación del error (la ignorancia del deber de presencia y disponibilidad por parte del militar en este caso).

la ausencia no sea constitutiva de delito por no haber transcurrido el plazo señalado por la ley para ello, tal falta de presencia no está permitida en el ámbito de la Institución y puede ser objeto de sanción en el ámbito disciplinario, debido a la obligación de absoluta disponibilidad para el servicio que recae sobre todo militar. Se trata en definitiva de graduar las consecuencias jurídicas de la falta de presencia en función de la entidad de la conducta en cada caso concreto. El límite temporal de los tres días se recoge asimismo como un elemento objetivo del tipo penal por la nueva Ley Orgánica.

Por tanto, en función del tiempo que se prolongue la ausencia, el hecho podría constituir una falta leve, una falta grave e incluso un delito<sup>626</sup>. Para el cómputo de ese plazo que debe transcurrir para que la conducta del militar sea reprochable desde un punto de vista disciplinario, e incluso penal, los días requeridos en cada caso deben transcurrir íntegramente. En este sentido debemos aplicar la regla que con carácter general prescribe el artículo 5 del Código civil, a cuyo tenor, “Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente”.

Por otra parte, la expresión “siempre que no se disponga otra cosa” ha servido a gran parte de la doctrina para entender que el citado artículo 119 dispone una excepción a la regla general marcada por el Código civil; entendiéndose que el plazo debe ser computado de momento a momento por el propio tenor literal de la norma, que dispone “...transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación”<sup>627</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el nuevo Código, aludiendo para el inicio del cómputo de ese plazo al momento en que se produjera la situación de ausencia o la falta de incorporación debida por el sujeto activo.

---

<sup>626</sup> Vide F.J. DE LEÓN VILLALBA, *Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar* (Valencia 2006) pp. 13 ss.

<sup>627</sup> En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala 5ª del TS, como por ejemplo en la Sentencia de 29 de noviembre de 1994, en la que se hace constar respecto del cómputo del plazo de los tres días que prescribe el tipo del artículo 119 del Código Penal Militar, cuál es el modo en que debe hacerse; así, “...desaparece la posible virtualidad del art. 5.1 CC, que deja a salvo el que pueda establecerse otra cosa, que es precisamente lo que el legislador penal ha plasmado en el repetido art. 119”. “Es decir que para que la infracción del deber de presencia se produzca habrá de transcurrir un lapso continuado de tiempo superior al de tres días, contado el mismo “de momento *ad momentum*” siempre que el instante inicial de aquel sea determinable sin lugar a dudas, ya que si ello no fuera posible tendríamos que acudir, por el principio “pro reo”, a otro cómputo que en ningún supuesto se diferiría más allá de las 12 de la noche de la fecha en que tal no presencia fuese conocida”. Vide F. DE QUEROL Y DE DURÁN, *Principios de Derecho Penal Militar* (Madrid 1946) p. 541 ss.; J. M. GARCÍA LABAJO, *Comentarios al Código* cit. pp. 1471 ss.

Respecto de esta cuestión relativa al cómputo del plazo de los tres días fijados por el tipo para la comisión del delito, se ha producido otra modificación importante en la interpretación de los días que deben ser tenidos en cuenta a tal efecto, pues ha surgido la necesidad de plantear en esta materia la distinción entre los días laborables por un lado, y los sábados, domingos y festivos por otro<sup>628</sup>.

A partir de las sentencias de fechas 2 de octubre y 26 de noviembre de 1996 de la Sala 5ª se hace una distinción en función del tipo de delito de abandono a que se refiera el caso concreto, pues si se trata de la modalidad de abandono de Unidad o de destino es necesaria la existencia de una obligación de presentarse en ese lugar; sin embargo, si hablamos de la otra modalidad de delito de abandono, esto es, el de la residencia, en este caso existe una obligatoriedad de permanecer en el lugar en el que se tenga fijada la misma, sin distinción de si se trata de un día laborable o no.

Lo anterior no es baladí, pues debemos reseñar que para el cómputo del plazo de los tres días que deben transcurrir permaneciendo la situación de ausencia para la comisión efectiva del delito de abandono de destino, deben descontarse aquellos días en que la presencia en la Unidad no es una obligación para el militar en cuestión, es decir, nos referimos en definitiva a los días no laborables o, en su caso, de no servicio. Se trata por tanto de excluir del cómputo del citado plazo los sábados, los domingos y los festivos, ya que son días en los que el militar no tiene obligación de personarse en su Unidad a cumplir con las funciones propias de su empleo, salvo que le hubiera sido previamente designado un servicio<sup>629</sup>.

Desde una perspectiva personal, para la consumación del delito de abandono de destino o Unidad, o bien de residencia, debe existir simplemente un incumplimiento del

---

<sup>628</sup> J. CARRILLO COLMENERO, *Perspectivas de reformas del Código Penal Militar. Normativa reguladora del militar profesional en el Siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, en *III Jornadas sobre Asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa* (Madrid 2001) pp. 591 ss.

<sup>629</sup> J. M. GARCÍA LABAJO, *Comentarios al Código* cit. pp. 1493 ss. La Sala 5ª del Tribunal Supremo entiende que no existe la obligación de disponibilidad permanente del militar durante los fines de semana y los días festivos, salvo que en los mismos se tuviera fijado el desempeño de una guardia o cualquier otra obligación propia de las funciones militares; es por ello que entiende que el plazo de la ausencia necesario para consumir un delito puede haber transcurrido de modo efectivo, aun con la interrupción que supone un fin de semana, un día de permiso o un día festivo. En este sentido se pronuncia la Sala en Sentencia de 7 de octubre de 1997, “evidentemente no puede reprocharse penalmente la ausencia del militar de la sede de su Unidad o destino cuando por razón de festividad y estar libre de servicio no concurre in situ al lugar donde, en otro caso, el servicio debiera prestarse.”

deber de presencia de modo consciente por el militar, no exigiéndose un especial *animus* o intencionalidad, siendo este elemento el que sirve para diferenciar este delito de otro, el de deserción, en el que concurre en el autor la intención permanente de no presentarse al cumplimiento de las obligaciones que como militar le corresponden, tipificado en el anterior artículo 120. En este sentido se pronuncia el legislador con el nuevo Código penal castrense, si bien alude también en esta conducta a la posibilidad de que la misma se cometa por el que con tal ánimo no se incorpore al lugar de su Unidad, destino o residencia, pudiendo hacerlo, es decir reproduce las dos modalidades de comisión del delito de abandono de destino o residencia, ahora para el caso de deserción<sup>630</sup>.

Es posible, por último, que la falta de presencia cometida por un militar lo sea con respecto al desempeño de un servicio de armas o transmisiones ocasionándose una concurrencia de delitos, lo que se resuelve en el ámbito penal con el denominado concurso de delitos, con arreglo al artículo 77 del Código Penal común<sup>631</sup>.

#### **D. La evolución de la normativa penal castrense respecto del incumplimiento del deber de presencia**

Para estudiar la evolución de estas figuras delictivas de abandono de destino y residencia caracterizadas por contravenir el deber de presencia inexcusable que es inherente a todo militar, debemos partir de una delimitación por etapas para concretar los momentos en los que debemos resaltar los cambios operados en la regulación de tales figuras a lo largo de la historia de España. Así, debemos distinguir entre una primera etapa que se extiende desde los antecedentes del Código penal Militar del Ejército de 1884 y el de la Marina de Guerra de 1888, y el Código de Justicia Militar del año 1890; una etapa posterior caracterizada por la publicación del Código de Justicia Militar de 1945; y finalmente la etapa que podemos denominar de la

---

<sup>630</sup> J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *El Derecho Militar del Siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar complementario*, en REDM. 77 (Madrid 2001) pp. 123 ss.

<sup>631</sup> En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala 5ª del TS, de 25 de febrero de 2002: “De otra parte, y siguiendo el criterio precedente, la actuación desleal cometida por quien presenta partes médicos falsos, absorbe la consecuencia de no presentación en su destino, lo que permite eliminar el delito de abandono de destino en la imputación delictiva.”

constitucionalización, con la consiguiente publicación de la Ley 13/1985, de 9 de diciembre, *del Código Penal Militar*, junto con la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, *de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar*. Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las sucesivas reformas que se han venido operando en la legislación común y que han acabado influyendo de diversas maneras en la legislación militar.

Por lo que respecta al delito de desertión, tiene sus antecedentes más remotos a través de influencias recibidas de los fenicios, los cartagineses y los griegos<sup>632</sup>. Ahora bien el antecedente más directo lo encontramos en el Derecho Romano, variando al son de las modificaciones experimentadas por el Ejército romano de modo que en la época de la República los soldados lo eran de modo forzoso a través de un sistema de puro reclutamiento para, posteriormente, pasar a formar un grupo de verdadera milicia profesional. Fue posteriormente en la época de Constantino cuando las milicias se integraron por las denominadas fronterizas y por los cuerpos auxiliares<sup>633</sup>. En la época de la República la pena fijada para los desertores era la de crucifixión, sin más cambios en la época del Principado que el relativo al procedimiento penal seguido para depurar responsabilidad de quien hubiera cometido el tipo. Es en el Digesto donde se recoge el concepto de desertor, como aquél que se encuentra errante durante largo tiempo y es reducido; por tanto si no es encontrado no quedará reincorporado a filas mostrando así un ánimo de sustraerse permanentemente al servicio<sup>634</sup>. Este elemento volitivo se mantiene en la regulación actual del delito de desertión en el Código Penal Militar (artículo 57).

Aparte de la figura del desertor el Digesto recoge igualmente la del *emansor*, como aquél que se encuentra desaparecido durante un breve periodo de tiempo, lo que

---

<sup>632</sup> Vide A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1964) pp. 492 ss. En la época de los fenicios existía la figura de los *suffettes* o *suffettos*, con competencias de carácter político y judicial, e incluso con competencias para sancionar a los militares que abandonaban a su Jefe, pues a éste le debían una absoluta confianza.

<sup>633</sup> P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato* (Pavia 1957) pp. 287 ss.

<sup>634</sup> P. RUBIO TARDÍO, *La desertión* cit. pp. 11 ss.

encontraría actualmente un paralelismo con la figura delictiva recogida por el artículo 56 del Código Penal Militar, del abandono de destino o residencia<sup>635</sup>.

Con la restauración borbónica, en el año 1874 se lleva a cabo toda una tendencia reformista con gran influencia en las estructuras castrenses. En un primer momento se mantiene la idea de que los Consejos de Guerra asuman el completo conocimiento y enjuiciamiento de tales figuras delictivas en el ámbito castrense, aun cuando se correspondieran con tipos penales comunes<sup>636</sup>. Posteriormente, el Código Penal del Ejército del año 1884, norma de gran valor técnico aun cuando se le podía achacar que fuera excesivamente científico, tipificaba el delito de deserción por un soldado o bien un oficial<sup>637</sup>. Fue el Código de Justicia Militar del año 1890 el encargado de ampliar la competencia de la jurisdicción militar mediante tres criterios de atribución, como son el del lugar, la persona y propiamente el tipo penal<sup>638</sup>.

Respecto de los delitos objeto de nuestro análisis al hilo del objeto del presente trabajo, volviendo al Código Penal del Ejército de 1884, entre los delitos contra los deberes del servicio militar encuadra el delito de deserción de un oficial, distinguiendo tipos diversos en función del momento en que se consumara el delito. En primer lugar, si el abandono ocurría frente al enemigo o los rebeldes el delito quedaba consumado transcurridas veinticuatro horas desde el inicio de esa situación de abandono; cometiéndose en operaciones de campaña, eran exigibles dos días de ausencia; mientras que si se hubiera cometido en tiempo de guerra, el plazo de duración de esa situación debía ser también de dos días como en el caso anterior, pero en aquél se imponía pena de prisión mientras que este último caso la pena consistía en la pérdida del empleo. Por último variaba de nuevo el plazo exigido si este delito se hubiera cometido efectivamente en tiempo de paz, exigiéndose en ese supuesto cuatro días de abandono.

---

<sup>635</sup> V. SIRAGO, *Galla placidia e la trasformazione politica del Occidente* (Lovaina 1961) pp. 175 ss.; A. FERRIL, *La caída del Imperio Romano. Las causas militares* (Madrid 1989) pp. 69 ss.; M. VALLEJO GIRVÉS, *Sobre la persecución y el castigo a los desertores en el Ejército de Roma*, en *Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica* 5 (1993) pp. 241 ss.

<sup>636</sup> A. GARCÍA ARIAS, *Los proyectos de Unidad Nacional. De la Revolución de 1868 a la República Federal y a la Segunda República* (Madrid 1961) pp. 132 ss.; F. CANALS VIDAL, *Política española: pasado y futuro* (Barcelona 1977) pp. 403 ss.

<sup>637</sup> F. MUGA LÓPEZ, *Antecedentes del Código Penal Militar de 1884*, en *REDM.* 2 (1956) pp. 22 ss.

<sup>638</sup> J. GARCÍA MARTÍN, *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España: Siglos XII-XX* (Madrid 1996) pp. 203 ss.



Una segunda posibilidad de cometer algún delito en aquella época relacionado con el incumplimiento del deber de presencia de todo militar era el cometido por el oficial que de manera injustificada, "dejare de incorporarse a su destino, o no se presentare en el lugar en el que tenía fijada su residencia". El plazo que en estos casos debía haber transcurrido en dicha situación variaba en función de que se produjera en tiempos de paz, o bien en campaña o en tiempos de guerra; así el plazo sería de quince, o bien ocho días respectivamente. En el Código Penal de la Armada la regulación de esta materia recibía un tratamiento diferente, pues los delitos de abandono de destino o de residencia se incluían entre los delitos de abandono de servicio, no así la deserción, siendo los plazos marcados por la norma para la consumación de tales delitos los de setenta y dos horas y ocho días, frente a los cuatro y quince días que exigía el Código de 1884<sup>639</sup>.

Por su parte, el siguiente texto normativo que regula la materia de los delitos contra el deber de presencia es el Código de la Marina de Guerra de 1888, estableciendo diversos plazos para entender consumado el delito; así debían haber transcurrido cinco días consecutivos faltando el militar de su lugar de destino, o encontrándose en esa situación de ausencia tras disfrutar de una licencia o de traslado de un punto a otro, o no presentándose a sus Jefes en ese plazo encontrándose en territorio nacional tras perder la condición de prisionero de guerra, o -tal como se recogía en el Código anterior- si en ese plazo no hace su presentación encontrándose en el extranjero, no habiendo hecho lo

---

<sup>639</sup> Tal como se desprende de contenido literal de la norma en Colección Legislativa del Ejército (Madrid 1884) pp. 629 ss. Vide N. POU RIVAS, *Código de Justicia Militar* (Madrid 1927) pp. 4 ss.; S. DE MADARIAGA Y ROJO, *Ensayo de Historia Contemporánea* (Madrid 1978) pp. 138 ss.; R. SALAS LARRAZABAL, *Las Reales Ordenanzas en Las Fuerzas Armadas españolas. Historia institucional y social* (coord. M. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA Y M. ALONSO BAQUER) (Madrid 1986) pp. 113 ss. Como la ausencia podía producirse en tiempos de paz o bien en campaña o tiempos de guerra, se le da una diferente nomenclatura y conceptualización, pues en el primer caso estamos ante lo que se ha denominado un abandono propio, mientras que en los demás supuestos nos encontramos con el denominado abandono impropio. Asimismo la norma en aquella época diferenciaba entre el delito de abandono de destino y el delito de deserción por un elemento subjetivo, en el sentido de que el primero solo podía ser cometido por los Oficiales y Suboficiales mientras que el segundo solo se cometería por los militares de tropa y marinería –es decir, en función del empleo del sujeto que permanecía en la situación de ausencia-. Esta última conducta cometida por los soldados era constitutiva de un verdadero delito en los casos en que hubieran transcurrido tres días (entendiéndose que debían pasar tres noches para ese plazo), o bien quince días encontrándose de licencia o de traslado de un punto a otro y en ese plazo no se hubiera presentado a sus Mandos, o bien igualmente quince días encontrándose en territorio nacional después de haber sido liberado de su condición de prisionero de guerra y no hiciera su presentación en ese plazo, o tan solo ocho días si se encontrara en territorio extranjero y no hubiera hecho uso de los medios de que dispone para su regreso y reincorporación a la fuerza. Todo lo anterior se entendía sin perjuicio de verse reducidos los plazos para el caso de que se estuviera en estado de guerra.

posible para personarse en territorio patrio, o bien quince días en el caso de ser reservista. Del mismo modo que se señalaba más arriba, de nuevo se reducen los plazos para el caso de encontrarse en guerra, computándose los días por plazos de veinticuatro horas.

El Código mantiene las circunstancias agravantes del delito de desertión, así como hemos visto, las diferentes exigencias para el caso de guerra o tiempo de paz, y el territorio en que se consuma el hecho delictivo, distinguiendo según se trate de territorio español o extranjero, con distinción en este último caso en función de que lo sea en Asia, África, América u Oceanía, por un lado, o Europa.

Asimismo se recogía un supuesto específico que podemos asimilar a uno de los casos de ausencia recogidos en el Código civil español actual como un supuesto de ausencia cualificada, el de naufragio o incluso el Código hablaba de las ausencias que se extendían durante tres días en circunstancias de peligro para la seguridad del buque, consideradas tales situaciones como si se estuviera en un estado de guerra, aun cuando en realidad se tratara de una situación de paz.

Preveía asimismo la posibilidad de ser reo de un delito de desertión por complot que requería el acuerdo de cuatro o más personas, por lo que se entendía que en realidad existía un delito de sedición, salvo que al delito de desertión le correspondiera una condena consistente en pena superior. Continúa en la línea del Código anterior, manteniendo la tipificación del ilícito penal cometido para el caso de que se trate de un encubridor.

Pasamos al análisis de la regulación de estos delitos relacionados con la falta de presencia del militar en el Código de Justicia del año 1890. Distinguía entre delito de abandono o residencia y el delito de desertión. El primero concurría si transcurridos tres días el oficial no se presentaba en su destino o residencia, o bien cumplido ese plazo tras disfrutar su permiso de licencia de carácter temporal; o transcurridos quince días si tras ser puesto en libertad no se presentase ante sus Jefes en territorio nacional, pues si se encontraba en el extranjero el plazo sigue siendo más reducido, esto es de ocho días, si no hizo lo que hubiera estado en su mano para regresar a España.

El Código de Justicia Militar tipifica asimismo diversas modalidades del delito de deserción, así se podía distinguir entre una deserción simple, la deserción al extranjero y la que tiene características propias. En el primer caso la conducta típica consiste en las faltas de presencia a listas de Ordenanza de manera consecutiva en tres ocasiones cometidas por los militares de tropa, considerándose a tales efectos las listas de diana y retreta. En el supuesto de la deserción al extranjero lo que se prevé en el Código es una variación en la graduación de la pena correspondiente al delito en función de si se ha delinquido por su autor por primera vez, o bien si es reincidente y asimismo diferenciando según se esté en tiempo de paz o de guerra. Estos mismos criterios de graduación de la pena se mantienen para el caso de la deserción en la que concurren ciertos factores de cualificación especial de la conducta<sup>640</sup>.

Por todo lo anterior observamos que no hay modificaciones importantes con respecto a la regulación anterior, teniendo que esperar a la II República para percibir un cambio reseñable en la materia fundamentalmente en lo que se refiere a una reducción en la competencia de la jurisdicción militar, pues se eliminan los criterios de atribución de tales competencias por los criterios del autor y del lugar de comisión de los hechos, quedando relegada al criterio del hecho en sí. Se produjo al mismo tiempo una especialización del personal competente de esta materia, pues los Mandos comenzaron a ceder sus competencias a los Auditores y la representación del imputado fue asumida por abogados colegiados. En el año 1936 se amplían de nuevo las competencias que en la época de la República le habían sido privadas a la jurisdicción militar.

Llegada la publicación del Código de Justicia Militar del año 1945, se mantiene la dualidad de conductas de abandono de destino o residencia y de deserción. La novedad introducida por el Código es la que permite distinguir entre el delito de abandono de destino y el de abandono de residencia, pues no afecta del mismo modo al servicio una u otra conducta, de modo que la forma de sancionarlas tampoco puede ser la misma. El Código diferencia entre conductas delictivas de carácter positivo como es la voluntaria separación del servicio, las conductas impropias o de carácter negativo, esto es, la incomparecencia o la falta de presencia, y las especiales vulneraciones del deber de estar presente que recae sobre el militar.

---

<sup>640</sup> F. FERNÁNDEZ BASTARRECHE, *El Ejército Español en el Siglo XIX: aspectos sociales y económicos*, en *RHM*. 50 (1981) pp. 69 ss.; F. FERNÁNDEZ BASTARRECHE, *El servicio militar en la España del Siglo XIX: una epidemia de los tiempos contemporáneos*, en *Historia* 140 (1987) pp. 27 ss.

La gran novedad introducida por este Código con respecto al anterior fue la prolongación del plazo de la ausencia para considerar la existencia del delito de desertión, pasando de las faltas a lista de Ordenanza a la necesidad del elemento de la ausencia por un plazo de tres días, entendiéndose computado tal plazo una vez transcurridas tres noches de ausencia del militar; es decir, que en un principio se prescindía de la concurrencia del elemento de la intencionalidad del sujeto para la existencia del delito. El bien jurídico que trata de protegerse en estos casos es propiamente el servicio, y es que la ausencia del militar implica el incumplimiento de la totalidad de los deberes que en su condición de tal le corresponden, y es por ello que afecta de manera directa y grave al servicio.

La condición del sujeto activo marcaba que un delito pudiera considerarse de abandono de destino o bien de desertión, pues el primero sólo podía ser cometido por Oficiales y suboficiales, mientras que el delito de desertión era propio del personal de tropa, distinto del tratamiento que se le da actualmente en el Código Penal Militar, que respecto del artículo 56 (en concordancia con el anterior artículo 119), en cuanto al delito de abandono de destino o residencia estima que cualquier militar, con independencia del empleo, puede ser autor de tal conducta delictiva<sup>641</sup>.

Debe advertirse que el Código Penal Militar del año 1985, así como el actual, han logrado superar las deficiencias mostradas por el Código anterior consistentes en establecer penas especialmente graves y con una amplia discrecionalidad para los órganos competentes y decisores. Ha desaparecido asimismo la capacidad concedida a los Generales en Jefe de poder reducir los plazos de consumación de tales delitos en tiempo de guerra<sup>642</sup>.

El Código de Justicia Militar diferenciaba por tanto el plazo necesario para la consumación del delito estableciendo plazos diferentes según se tratara de Oficiales y Suboficiales o bien de Tropa, pues en el primer caso la ausencia debía durar cinco días mientras que para los militares de tropa bastaban tres días de falta de presencia de los

---

<sup>641</sup> P. RUBIO TARDÍO, *La desertión* cit. pp. 10 ss.

<sup>642</sup> H. GONZÁLEZ PACHECO, *La pena en el fuero de guerra*, en *Boletín jurídico militar* 7-8 (Méjico 1955) pp. 315 ss.; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte General* (Madrid 1981) pp. 827 ss.

mismos<sup>643</sup>. Distinguía igualmente otra modalidad del delito de deserción, el agravado, consistente en haber viajado al extranjero, o bien que se hubiera ejecutado” escalando muralla, estacada, cualquier otra obra de fortificación, cuartel, cuerpo de guardia o violentando puertas o ventanas”. Quedaban tipificadas asimismo las conductas de encubrimiento de la deserción y la deserción mediante un acuerdo.

La segunda modalidad de estos delitos relativos al incumplimiento del deber de presencia son los que se podemos denominar impropios, esto es, que se consuman a través de una falta de acción. Así, la falta de presencia en el lugar de destino o donde el militar tuviera fijada su residencia en el momento en que ha finalizado la situación que le permitía su incomparecencia, pero que transcurridos los plazos que marca la ley deja de ser una ausencia justificada para pasar en un principio a no serlo<sup>644</sup>.

La deficiencia que mostraba el Código en aquél momento fue la irrelevancia de la concurrencia de un elemento subjetivo, el dolo, para cometer cualquiera de estas modalidades de delitos, pues se condenaba una conducta de falta de presencia una vez transcurridos los plazos marcados por la ley manteniéndose en dicha situación, con independencia del elemento volitivo, y por tanto con independencia de que se ausentara con la intención de mantener esa situación de manera permanente, o bien para mantenerla tan sólo durante un breve periodo de tiempo con la intención de reincorporarse a filas. Lo anterior ha quedado superado sin embargo por nuestro vigente Código Penal Militar, así como ya lo había hecho el anterior<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup> La razón de esta distinción no es, tan sólo histórica, debido a la mentalidad del momento en el que se publica el Código, a mediados del Siglo XX, sino básicamente por la existencia en aquel momento de la figura del militar de reemplazo. En este sentido dice F. DE QUEROL Y DURAN, *Principios* cit. pp. 533 ss.: “El oficial que abandona su destino o residencia podrá ser más responsable, si se quiere, que el soldado o marinero en la realización de un acto que le pone en situación de incumplir conjuntamente todos sus más ineludibles deberes de honor; pero, al delinquir, a buen seguro que no tenía un ánimo igual. A él la carrera de las armas no le ha sido impuesta, sino que la eligió libremente. Con gran probabilidad no ha perdido su vocación profesional.”

<sup>644</sup> Vide J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar español*, en REDM. 7 (1959) pp. 73 ss.; R. DÍAZ-LLANOS LECUONA, *Las leyes penales militares* (Madrid 1968) pp. 326 ss.; P. CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho* cit. pp. 38 ss.

<sup>645</sup> P. RUBIO TARDÍO, *La deserción* cit. pp. 34 ss. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido respecto de los elementos que deben concurrir para poder hablar de la comisión de un delito de deserción de manera indubitada, una vez que se acredita la concurrencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo consiste en la ausencia física de la Unidad que recae sobre la persona con condición de militar, por su parte el elemento subjetivo implica el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares. En cuanto a este último se requiere por tanto un elemento finalista, ese ánimo descrito que, por su carácter personal e interno pertenece a la esfera

Se recogían, por último, tipos especiales de deserción en que pueden incurrir los Oficiales, los Suboficiales y asimismo los militares de tropa, cuando siendo prisioneros de guerra y habiendo recuperado su libertad no se presentaran ante sus Mandos en el plazo de diez días, o encontrándose en territorio extranjero ese mismo plazo de diez días si no hubiera utilizado los medios de que podía disponer para facilitar su regreso, o en otro caso, para acudir ante la Autoridad consular o diplomática a los mismos efectos<sup>646</sup>.

Como hemos comentado, la gran reforma operada en el ámbito de la jurisdicción militar viene motivada por la entrada en vigor de la Constitución española, si bien es cierto que determinados cambios empezaron a hacerse notar con anterioridad a la misma, en concreto la abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, mediante el Real Decreto Ley 45/1978, de 21 de diciembre. Por otro lado, con el proyecto de Código Penal Militar se trataba de eludir la distinción entre el delito de abandono de destino o residencia y el de deserción sobre la base de un criterio objetivo, como es el empleo del militar que cometa el hecho, para apoyar una tesis basada en el criterio subjetivo de la intención permanente de no reincorporarse al destino como elemento concurrente en la deserción. Sin embargo, esta postura no llegó a hacerse realidad jurídica en aquél momento<sup>647</sup>.

Los hechos delictivos objeto del presente estudio se recogían en el Código Penal Militar aprobado por la Ley 13/1985, de 9 de diciembre entre los denominados delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar, diferenciando de nuevo entre delito de abandono de destino o residencia, y el delito de deserción. En un

---

íntima de la persona, al propio ámbito de su conciencia y por tanto debe probarse –lo que es prácticamente complejo–, llegando a probar un engarce lógico entre el hecho y las consecuencias. Siempre que las conclusiones que se pudieran deducir de esos hechos que han quedado probados no sean excesivamente abiertas. En este sentido se pronuncia el Supremo en la Sentencia de 24 de marzo de 2009.

<sup>646</sup> F. DE QUEROL Y DURÁN, *Principios* cit. pp. 538 ss.; F. BLAY VILLASANTE, *Privilegios y limitaciones en las Leyes sancionadoras militares*, en *REDM.* 55 (1990) pp. 37 ss. Al igual que la normativa anterior se condena la ausencia por complot, considerados los intervinientes como autores de un delito de sedición, excepto que como autor de un delito de deserción fuera condenado con una pena más grave. Todas estas medidas contaban además con una consecuencia de naturaleza económica, pues quien se mantenía en esa situación irregular durante un plazo de dos meses pasaba a la situación administrativa de baja en el Ejército.

<sup>647</sup> F. LÓPEZ RAMÓN, *Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar* (Madrid 1988) pp. 2605 ss. La organización de la jurisdicción castrense debe tener, inevitablemente, en cuenta una serie de peculiaridades que motivan las diferencias sustantivas y procesales que tiene con la jurisdicción ordinaria, pero prevaleciendo sobre esta cuestión la unidad jurisdiccional que proclama el artículo 117.5 de la Constitución Española.

principio la redacción originaria de esos preceptos relativos al incumplimiento del deber de presencia había eliminado la amplia casuística de supuestos de ausencia recogidos en las normas anteriores, pero el espíritu de la tipificación de tales conductas seguía siendo el mismo aunque más estricto en cuanto a las penas.

A pesar de los avances, estos preceptos -artículos 119<sup>648</sup> y 120<sup>649</sup> del CPM- en los que se recogían tales conductas, fueron objeto de modificaciones en virtud de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, *del Servicio Militar*. La diferencia fundamental introducida por esta ley fue la relativa al posible sujeto activo del delito de abandono de destino, pues no queda ya delimitado por el empleo del militar sino que se trata de un delito que puede ser cometido por cualquiera que ostente la condición de militar profesional, lo que enlazaba perfectamente con la definición que de tal concepto nos brindaba el artículo 8.

Por su parte, la ley afectó asimismo a la redacción y delimitación del tipo de la desertión, en cuanto a que se exige el ánimo de sustraerse de manera permanente al cumplimiento de las obligaciones que a todo militar corresponden en su condición de tal. Por último, como otra de las grandes novedades de la reforma operada en esta materia de este grupo de tipos delictivos, es de destacar el surgimiento de un nuevo tipo recogido en el anterior artículo 119 bis del Código Penal Militar, en el que venía a tipificarse la conducta propia del abandono de destino o residencia pero cuyo sujeto

---

<sup>648</sup> El artículo 119 CPM en su redacción originaria rezaba: “El Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.”

<sup>649</sup> El original artículo 120 CPM establecía que: “Comete desertión el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentase a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la desertión a las veinticuatro horas. El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años. Si en tiempo de paz el desertor se presentara espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la desertión, será sancionado con la pena inferior en grado.”

activo era el militar de reemplazo. Como esta figura ha quedado en desuso, este tipo carecía ya de sentido, y así se ha mostrado en la redacción del nuevo Código penal<sup>650</sup>.

En conclusión, a raíz de los principios proclamados en la Constitución Española surge la necesidad de elaborar y publicar un nuevo Código Penal Militar, y no tan sólo llevar a cabo modificaciones de leyes penales de naturaleza militar; es por ello que se publica la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprobaba el Código Penal Militar, separándose de esta materia las cuestiones procesales y las administrativas, con su legislación específica<sup>651</sup>.

El Código hace constar ciertos principios propios de Derecho penal, como son el de legalidad, culpabilidad, igualdad e retroactividad de la ley penal más favorable. Por otro lado, el Código recoge conductas típicamente militares pero a la vez tipifica también ciertas conductas que pueden ser cometidas por no militares sobre el fundamento de que lesionan bienes jurídicos especialmente tutelados por la Institución militar. El Código introdujo ciertas novedades en materia de penas, a efectos de dar cumplimiento a las requeridas exigencias de política criminal, quedando suavizadas las penas privativas de libertad y disponiendo criterios de graduación de las mismas, equiparándose asimismo a la legislación penal común en cuanto a los modos de extinción de la responsabilidad penal<sup>652</sup>.

Por último, es de reseñar la tipificación de ciertos delitos militares como el delito de traición militar, el de espionaje militar –limitando tal conducta a la obtención o revisión de información clasificada o de interés militar a potencia extranjera-, el delito de revelación de secretos o informaciones sobre la defensa nacional, los delitos de atentados contra los medios y recursos de la defensa nacional, también recoge los

---

<sup>650</sup> Este tipo fue derogado debido a la supresión del servicio militar obligatorio, en aplicación del contenido de la Disposición Transitoria decimoctava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, *del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas*.

<sup>651</sup> D. LÓPEZ GARRIDO, *La posición constitucional de las Fuerzas Armadas*, en RAP.100-102 (1983) pp. 952 ss.; M. BALLBE, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)* (Madrid 1983) pp. 464 ss.; R. BAÑÓN Y J.A. OLMEDA, *La Institución militar* cit. pp. 103 ss.

<sup>652</sup> C. MIR PUIG, *El sistema de sanciones*, en *Revista jurídica de Cataluña*, número extraordinario (1980) pp. 28 ss.; I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el Código Penal de 1995*, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 1 (1996) pp. 108 ss.; J. L. MANZANARES, *Comentarios al Código penal* (Madrid 1996) pp. 39 ss.; L. GRACIA MARTÍN, *Prólogo al Código penal y leyes penales especiales* (Zaragoza 1996) pp. 22 ss.



delitos contra la Nación española y contra la Institución militar, delitos contra los deberes del servicio, así como otros contra la Hacienda Militar y la Administración de Justicia militar.

### **III. EL DEBER DE PRESENCIA DEL MILITAR EN ESPAÑA Y SU SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

El funcionamiento de la Administración militar se basa en las características de celeridad y severidad respecto al procedimiento sancionador, que la diferencian de la Administración civil, debido a la exigencia del mayor rigor que debe mantenerse en favor de la salvaguarda de los bienes jurídicos que deben protegerse en este campo del Derecho; asimismo, las posibles sanciones pueden llegar a ser privativas o restrictivas de la libertad, lo que supone una excepción a la imposibilidad de aplicación de este tipo de sanciones en la esfera de la Administración<sup>653</sup>. En definitiva, el militar mantiene una relación de sujeción de las que se denominan de carácter especial, debido a los propios fines y recursos con los que cuenta esta Administración. Entre otras peculiaridades, el militar queda sujeto al Derecho administrativo sancionador, que implica en realidad asumir un régimen más estricto que el propio de los funcionarios de la Administración civil<sup>654</sup>.

---

<sup>653</sup> Vide J. SUAY RINCÓN, *La potestad disciplinaria* (Madrid 1989) pp. 1316 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El nuevo Régimen disciplinario militar. Reflexiones en torno a la obra "Comentarios a la ley Disciplinaria en las Fuerzas Armadas"*, en REDM. 76 (2000) pp. 126 ss. El Derecho sancionador en el ámbito castrense es una rama propia del Derecho interno militar, en ningún caso el personal civil puede ser sujeto destinatario de la aplicabilidad de estas normas, a diferencia de lo que ocurre con los ilícitos penales recogidos por el Código Penal Militar.

<sup>654</sup> Vide J. ALMIRANTE TORROELLA, *Estudios militares. Antología* (Madrid 1943) pp. 86 ss.; M. SERRANO ALBERCA, *La protección de las libertades* cit. pp. 50 ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas* (Madrid 1987) pp. 217 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del ámbito competencial de la Jurisdicción Militar*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991) pp. 116 ss.; E. CALDERÓN SUSÍN, *Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia* (Madrid 1992) pp. 311 ss.

## **A. Los principios constitucionales en el procedimiento administrativo sancionador militar**

En la tramitación y resolución final de un procedimiento dentro del ámbito administrativo sancionador en sede militar deben tenerse en cuenta una serie de principios rectores tendentes al debido equilibrio entre el mantenimiento de la disciplina -lo que es básico para el eficaz funcionamiento de la Institución militar- y las garantías recogidas en la Constitución, a lo que se añade el cumplimiento de una serie de principios que deben respetarse de manera inexcusable en el conjunto de las actuaciones<sup>655</sup>. Hay que advertir que, en esta línea, se ha avanzado a lo largo de los tiempos hacia un sistema mucho más garantista, como muestra la reciente Ley Orgánica, 8/14, de 4 de marzo, *de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*. En este sentido, con el paso de los años se han ido suprimiendo determinadas medidas de carácter sancionador y modificando las conductas que pueden calificarse como infracciones disciplinarias.

A este respecto, debemos detenernos sucintamente en la necesidad surgida de aplicar ciertos principios de Derecho penal al ámbito específico administrativo sancionador<sup>656</sup>. Esta doctrina tiene una base constitucional atendiendo al tenor literal del artículo 25 de nuestra Norma fundamental, reconociendo la potestad sancionadora de la Administración, que exige la aplicación del principio de legalidad penal en el ejercicio de la misma. Ha sido precisamente el Tribunal Constitucional el órgano que ha hecho constar que los principios del Derecho penal deben aplicarse en el procedimiento administrativo sancionador con algunas matizaciones, viniendo a mostrar que los

---

<sup>655</sup> Este extremo se asienta sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y asimismo tomando como referencia las directrices sentadas por la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Entre otras sentencias podemos reseñar las de estas dos últimas instancias, de fecha 29 de mayo de 1995 y de 14 de octubre de 1997, respectivamente, reseñando esta última que deben aplicarse al orden administrativo sancionador algunos de los principios de orden penal, sin perjuicio de salvar ciertas diferencias debido a los distintos órdenes en los que se actúa. Vide J. J. GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución* (Madrid 1983) pp. 35 ss.; L. ÁLVAREZ ROLDÁN-R. FORTÚN ESQUIFINO, *La ley disciplinaria militar* (Pamplona 1986) pp. 207 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español* (Madrid 1992) pp. 27 ss.

<sup>656</sup> Vide S. MIR PUIG, *Derecho Penal* cit. pp. 83 ss.; A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid 1994) pp. 250 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo II* (Madrid 2001) pp. 166 ss.

derechos fundamentales en ningún caso pueden quedar restringidos ni perder su eficacia<sup>657</sup>.

Del mismo modo que ya se ha dicho con respecto al principio de legalidad del citado artículo 25, los derechos recogidos en el artículo 24 deben respetarse escrupulosamente en el procedimiento administrativo sancionador por parte de la Institución militar, tanto que incluso podría acordarse la nulidad de todas las actuaciones posteriores si en el momento de practicarse la declaración del expedientadono se han respetado esos principios y no se han garantizado al mismo tales derechos por la parte instructora de las actuaciones incoadas<sup>658</sup>.

En el ámbito castrense tanto la aplicación del Derecho penal como la del Derecho administrativo, funciones propiamente encauzadas por los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, tiende en ambos casos al eficaz funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, garantizando valores esenciales para tales fines. Lo anterior puede implicar que una conducta sea tipificada como falta disciplinaria de naturaleza leve, grave o muy grave en función da la mayor o menor gravedad de tal comportamiento previsto legalmente. En el sentido anterior hay que diferenciar entre los delitos militares por un lado, que son expresamente las conductas ilícitas recogidas por el Código Penal Militar, y las infracciones disciplinarias, las cuales vienen recogidas en la ley disciplinaria y que, en su caso, podrán sancionarse siempre y cuando no constituyan delito.

En cuanto a la naturaleza del Derecho disciplinario militar debe especificarse que se trata en realidad de Derecho administrativo con carácter general, con la peculiaridad de que cabe imponer sanciones que implican restricciones de la libertad del

---

<sup>657</sup> Tal doctrina se refleja en sentencias tales como la 2/81, de 30 de enero y 18/81, de 8 de junio del Tribunal Constitucional, y la posterior 77/83, de 3 de octubre, entre otras muchas posteriores.

<sup>658</sup> Se trata de respetar entre otros derechos, el de la presunción de inocencia, el conocimiento previo de la imputación, el derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a no confesarse culpable, tal como señalan, a modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional 18/81, 181/90, 127/96. Entre las garantías penales que debe aplicarse en el ámbito administrativo sancionador de carácter militar deben reseñarse las garantías de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como señala la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de febrero de 1986; a los que se suman los principios de irretroactividad, prescripción, audiencia del expedientado y la negativa de la *reformatio in peius*. Señala asimismo el Supremo órgano el principio de la proporcionalidad, lo que se recoge expresamente en el artículo 22 de la nueva Ley Orgánica del año 2014.

militar. Expresamente, la propia Constitución recoge esta excepcionalidad en su artículo 25<sup>659</sup>.

Analizaremos a continuación de manera escueta los principios anteriormente mencionados, que deben respetarse en la totalidad de las actuaciones practicadas en el ámbito administrativo sancionador militar, para con ello llegar a interpretar de la manera más precisa posible las consecuencias de la falta de presencia del encartado en un concreto procedimiento en tramitación.

En primer lugar, hablamos del principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Norma fundamental, al que aludíamos más arriba. Mediante este principio se exige que para que una conducta sea susceptible de ser calificada como típica y sancionable es necesario que tal comportamiento venga recogido en una ley de fecha anterior al mismo y determinada en todos los elementos que deben concurrir para que pueda ser considerada como tal ilícito administrativo, previéndose las posibles sanciones correspondientes a la entidad de la misma. Este principio debe entenderse en estrecha conexión con el de tipicidad, en el sentido de que para que la conducta sea sancionable es necesario que pueda subsumirse en un tipo concreto y propiamente sancionado por la ley, entendiendo el principio de tipicidad como una realización específica de una conducta, mientras que el principio anterior tendría un carácter más general, es decir, el principio de legalidad se refiere al conjunto de infracciones y sanciones recogidas en la ley, mientras que el de tipicidad se refiere en realidad a la conducta concreta que la ley recoge como un determinado tipo disciplinario y la sanción concreta que al mismo pudiera corresponder en su caso<sup>660</sup>.

El siguiente principio a mencionar en el sistema sancionador castrense es el de la culpabilidad, lo que requiere del dolo o de la negligencia que debe acompañar a la

---

<sup>659</sup> En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en sentencia 21/81, de 15 de junio, declarando que: “La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del artículo 25.3 se deriva “a sensu contrario” que la Administración Militar puede imponer sanciones que directa o indirectamente, impliquen privación de libertad.”

<sup>660</sup> Tal como resulta de la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2006, se trata de saber qué dicen las normas y como deben aplicarse como un requisito exigible para hacer efectiva la seguridad jurídica, lo que tiene su máxima manifestación en la previsión de las consecuencias jurídicas de una concreta infracción administrativa. Vide M. MONTORO PUERTO, *La infracción administrativa* (Barcelona 1965) pp. 328 ss.; J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *RAP*. 67 (1972) pp. 41 ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Multas administrativas*, en *RAP*. 79 (1976) pp. 9 ss.

conducta del militar para que tal comportamiento pueda ser sancionado. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de ciertas conductas que sólo pueden ser cometidas con dolo y en ningún caso de manera imprudente<sup>661</sup>.

El principio de proporcionalidad, por su parte, refleja la obligación que recae sobre los Tribunales militares y las Autoridades con competencia sancionadora de individualizar la pena o sanción con respecto al hecho concreto que ha tenido lugar, con especial atención a las circunstancias que hayan concurrido objetivamente en el autor y la posible afectación al servicio<sup>662</sup>.

Respecto del principio de prescripción, basta con señalar aquí de manera clara su significado, se trata tan sólo de aquel principio en virtud del cual es necesario que los hechos hayan sido sancionados, o bien que la sanción impuesta por la Autoridad con competencia disciplinaria haya sido ejecutada, dentro del plazo expresamente previsto por la ley, el cual será más o menos extenso en función de que la conducta sancionada sea de mayor o menor gravedad respectivamente, ya que de no ser así estamos ante un caso de prescripción de la falta en el primer supuesto, y de prescripción de la sanción en el segundo<sup>663</sup>.

## **B. Las garantías procedimentales en el Derecho administrativo sancionador militar: la audiencia del expedientado**

Cabe señalar dos principios en este ámbito de modo resumido, como son el de irretroactividad de las normas sancionadoras y el de *non bis in idem*. Según el primero, tan sólo pueden aplicarse a un caso concreto aquellas disposiciones vigentes en el

---

<sup>661</sup> Vide M. JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva* (Madrid 2006) pp. 22 ss.

<sup>662</sup> La Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 5 de junio de 1990 destaca: “El criterio de individualización de la sanción no es más que la singularización del uso o especificación de circunstancias humanas profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado. Frente al carácter objetivo que ha de revestir el principio de proporcionalidad, el de individualización es, por un lado, subjetivo y, por otro, trascendente o de valoración del interés militar afectado. La conjugación de ambos principios habrá de producir la imposición de la sanción justa.”

<sup>663</sup> J. GARBERÍ LLOBREGAT-G. BUITRON RAMIRES, *El procedimiento administrativo sancionador* (Valencia 2001) pp. 145 ss.

momento de la comisión del hecho, con la excepción de todo aquello que sea más favorable al expedientado. Mientras que en virtud del segundo no es posible que sobre una misma conducta recaigan consecuencias de carácter administrativo y penal existiendo identidad de sujeto, objeto y fundamento; lo que ocurre es que una misma conducta puede ser valorada por la norma de régimen disciplinario militar para proteger valores esenciales para el funcionamiento de la Institución, tales como la jerarquía, la unidad y la disciplina, pudiendo asimismo ser merecedoras de un reproche de carácter penal resultando ser el bien jurídico protegido en el campo penal diferente de los valores que tratan de salvarse a través del reproche disciplinario; ahora bien, siempre que una conducta, susceptible de constituir una infracción administrativa y ser valorada en ese ámbito, haya dado igualmente lugar a la incoación de cualquier tipo de actuación judicial, la Autoridad administrativa con competencia sancionadora respecto del hecho concreto debe esperar a la conclusión del procedimiento de naturaleza penal, quedando la Administración vinculada a los hechos declarados probados por la Autoridad judicial competente<sup>664</sup>.

Adentrándonos en el estudio de las garantías propiamente procesales que deben darse en el procedimiento administrativo sancionador por parte de la Administración militar, debemos resaltar que se trata en definitiva de garantizar que se practiquen las actuaciones de conformidad con lo dispuesto en la ley, con pleno respeto de los principios y las garantías procedimentales. En resumen, se trata de aplicar en el ámbito disciplinario el conjunto de principios que hacen efectivo en el ámbito penal el contenido del derecho a la defensa, evitando con ello cualquier modo de indefensión que, de otra manera, pudiera llegar a ocasionarse en perjuicio del expedientado<sup>665</sup>.

Una de las manifestaciones de este principio de defensa es el de la audiencia del interesado, en el sentido de que nadie puede ser sancionado sin ser oído; otra cosa es que, presente el expedientado ante la parte que lleva a cabo la instrucción, haga uso de su derecho a no declarar sobre los extremos que se le preguntan, sobre todos, alguno o

---

<sup>664</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 1990. Vide J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis idem en la Jurisprudencia?*, en *RPJ*. 22 (1991) pp. 113 ss.

<sup>665</sup> J. SUAY RINCÓN, *El Derecho Administrativo* cit. pp. 185 ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Principio* cit. pp. 212 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ Y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Madrid 1999) pp. 2963 ss.; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable* (Granada 2004) pp. 113 ss.

algunos de ellos, de conformidad con lo prescrito en el artículo 24 de la Constitución española<sup>666</sup>. Mediante la audiencia del expedientado, y por ende mediante su presencia en el procedimiento, se trata de poner en su conocimiento los hechos que en un principio de manera presunta se le atribuyen en concepto de autor y que pueda actuar en consecuencia en garantía de su derecho de defensa. Tal audiencia debe en todo caso ser previa a dictarse la oportuna resolución sancionadora, ya que en caso contrario se produciría un caso concreto de indefensión en sentido propio<sup>667</sup>.

Lo anterior implica la obligación que recae sobre la Administración de informar al presunto infractor de los hechos que se le imputan y de las posibles sanciones, para en tal sentido permitirle intervenir en las actuaciones pudiendo aportar la pertinente documentación que crea oportuna para su defensa, informes justificativos de tal comportamiento ilícito, y en su caso hacer las alegaciones que estime convenientes y proponga pruebas en aras de su defensa<sup>668</sup>.

La obligación que recae sobre la Administración de informar al expedientado de su derecho a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia, a no declararse culpable, e incluso el derecho a guardar silencio requiere la presencia del mismo, o al menos la localización en un domicilio concreto para notificarle correctamente. Ante las

---

<sup>666</sup> Vide R. MATAMOROS MARTÍNEZ, *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas* (Madrid 2000) pp. 1019 ss.

<sup>667</sup> Pues tal como indica el Tribunal Constitucional en sentencia número 273/2001, de 18 de diciembre la indefensión produce en realidad: “Privación o minorización sustancial del derecho de defensa, menoscabo sensible de los principios de contradicción o desigualdad de las partes, que incide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar o acreditar en el proceso su propio derecho.”

<sup>668</sup> Sobre estos extremos se pronuncia L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Derecho Administrativo* cit. pp. 613 ss. Debemos reseñar que tales garantías deben proporcionarse al interesado en todo tipo de procedimiento, con independencia de que el mismo se haya incoado con motivo de indagar una conducta que pudiera ser constitutivas de falta leve, grave o muy grave, tras la importante reforma operada en este campo mediante la publicación de la reciente Ley Orgánica 8/14, de 4 de marzo, *de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, la cual amplía de manera efectiva las garantías concedidas al expedientado en el procedimiento abierto por la comisión por su parte de una presunta falta leve. Con la nueva normativa se hace mayor hincapié en la finalidad de esa protección del derecho de defensa del expedientado, entre otros medios, a través de oír al presunto infractor, informándole en todo caso de sus derechos a guardar silencio, además de a no declarar contra sí, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. De modo que es necesaria la audiencia al presunto infractor para poder llegar a dictar una resolución por la que se imponga la oportuna sanción al militar, lo que es coherente con la obligación que tiene de estar presente y permanentemente localizado por parte de la Institución, en concordancia con su propia condición de soldado español. Así con el trámite de audiencia se trata, al igual que en un procedimiento por falta grave o muy grave, de poner en conocimiento del presunto autor del ilícito administrativo de los hechos que se le imputan, de su derecho a proponer pruebas y presentar documentos que crea oportunos a su defensa, así como formular alegaciones que estime pertinentes.

dificultades con las que puede toparse la Administración en tal localización surge la necesidad de hacer efectivo el deber mencionado más arriba de todo militar de estar localizado de manera permanente por sus Mandos, fundamentado en las funciones propias de todo militar en aras de la defensa de España.

Como consecuencia de lo anterior, una circunstancia de desconocimiento del paradero del expedientado, o bien a pesar de saber dónde se encuentra por el mantenimiento de la situación de falta de presencia, contraviniendo las órdenes dadas de manera legítima para su comparecencia ante la Autoridad competente por la que haya sido requerido en la tramitación del procedimiento incoado, podría dar lugar a una nueva falta de naturaleza disciplinaria<sup>669</sup>, de carácter leve o grave, o incluso delito en función del tiempo que permanezca en dicha situación de ausencia. Los tipos disciplinarios que se recogen por la ley de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas por razón del incumplimiento del deber de presencia por parte del sujeto obligado por tal norma son diversos, calificándose ciertas conductas como leves pero alcanzando otras la naturaleza de graves.

### **C. Razón de ser del régimen disciplinario militar**

El régimen disciplinario surge escindido del régimen penal castrense con una finalidad de dar exacto cumplimiento de los deberes que recaen sobre los miembros de las Fuerzas Armadas, con el respeto a la estructura jerárquica y de mando que viene prevista, para el estricto cumplimiento de las normas y de las órdenes legítimamente dadas. El régimen que surge para llevar a cabo un control de naturaleza disciplinaria queda encuadrado entre las normas de Derecho administrativo<sup>670</sup>. Tradicionalmente ambos aspectos, el penal y el disciplinario, se habían tratado de manera conjunta en las normas, incluso por el Código de Justicia Militar de 1945; esto cambió con el Proyecto

---

<sup>669</sup> Prevé el apartado 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* como falta grave de naturaleza disciplinaria: “La incomparecencia injustificada, cuando sea debidamente citado, ante los órganos competentes o los instructores de expedientes administrativos o disciplinarios...”

<sup>670</sup> A. PORRAS NADALES, *Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España*, en *REP.* 35 (1983) pp. 183 ss. Sobre la cuestión de diferenciación del Derecho penal y el Derecho disciplinario se pronuncia F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar*, en *RGD.* 493 (1985) pp. 3220 ss.; F. SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración* cit. pp. 205 ss.



de 15 de noviembre de 1978, por el que se prevé la elaboración de un Reglamento General de Disciplina Militar, lo que sin embargo era inconstitucional al tratar de regular reglamentariamente una materia que entre otras cosas implica una limitación o privación de la libertad, como posibles sanciones aplicables al autor de una infracción de naturaleza administrativa.

Para subsanar este defecto se promulgó la ley 12/1985, de 27 de noviembre, *de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*<sup>671</sup>. Esa ley no queda sin embargo libre de modificaciones operadas desde distintos puntos, como aspectos procedimentales y de personal, recibiendo tal afectación de otras normas como las relativas al régimen administrativo común o las que regulan las estructuras de los Ejércitos.

Esta ley fue sin embargo reemplazada unos años más tarde por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, *de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, pero no supone esta última una demolición en absoluto del contenido de la ley del año 1985, sino tan sólo trata de mejorarla y perfeccionarla, manteniendo aquellos aspectos que han resultado eficaces tras la experiencia de su aplicación hasta el momento.

## **1. Destinatario del régimen administrativo sancionador**

Para llegar a la concepción actual del destinatario de este régimen debemos detenernos en la evolución del término de militar profesional. La figura del militar profesional surge como concepto en normas diversas, sirva a modo de ejemplo el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, en sede del ejercicio de actividades políticas y sindicales por los miembros de las Fuerzas Armadas, basándose en los elementos de estabilidad y permanencia en la Institución militar. La propia Constitución española hace referencia asimismo a este concepto en su artículo 70, número 1, letra e), como causa de inelegibilidad e incompatibilidad con el cargo de Diputados y Senadores. La cuestión se resuelve considerando que el militar profesional es aquel que mantiene una vinculación de carácter permanente con las Fuerzas Armadas, mientras que en la condición del no profesional tan sólo se mantiene una vinculación de carácter

---

<sup>671</sup> Este texto respondía a un nuevo esquema y planteamiento y asimismo daba cumplimiento a los principios constitucionales.

temporal<sup>672</sup>. Puede darse una definición del concepto de militar profesional en el sentido mostrado por Martínez-Cardós<sup>673</sup>, según el cual los militares profesionales son aquellos que: “En virtud de nombramiento legal y tras haber superado las pruebas correspondientes, se integran de modo permanente y con carácter inamovible en los Ejércitos, desarrollando en su seno una actividad para la que tienen especiales conocimientos técnicos”.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, *de la Función Militar* señalaba como militar profesional a aquél que mantiene una relación de servicios profesionales, incluyendo tanto al militar que es de carrera como al que lo es de empleo, es decir al que mantiene una relación con las Fuerzas Armadas de carácter no permanente, disponiendo asimismo que el ámbito de aplicación de la misma se extendía a los alumnos de centros docentes militares de formación aun cuando en ese caso no existía aún una relación de servicios como tal de carácter profesional, excluyendo tan sólo de tal ámbito a los militares que prestan servicio en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley del Servicio Militar. Esta ley introduce un nuevo requisito para ostentar tal condición de militar profesional, y es, no ya el requisito de la permanencia, sino el de estar vinculado profesionalmente con la Administración Militar en virtud de una relación de servicios sujeta al Derecho administrativo<sup>674</sup>.

Por último, queda por señalar al personal militarizado por decisión del Gobierno, debido a que durante esa situación el personal está sometido a las leyes penales y disciplinarias propias de quienes ostentan la condición de militar, a la jurisdicción

---

<sup>672</sup> F. TRILLO-FIGUEROA, *Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española*, en REDM. 38 (1979) pp. 77 ss.

<sup>673</sup> J.L. MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *Comentarios al Código Penal Militar* (Madrid 1988) pp. 226 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ-F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico* cit. pp. 254 ss.

<sup>674</sup> L. COTINO HUESO, *El reto de la profesionalización total de la Administración* cit. pp. 289 ss.; A. PÉREZ MORENO, *La profesionalización de las Fuerzas Armadas. Cambios y adaptaciones internas*, en Cuadernos de Estrategia 104 (1999) pp. 65 ss.; J. L. PÉREZ-SERRABONA, *El estatuto profesional del militar del Siglo XXI* (Granada 2002) pp. 33 ss. Posteriormente, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del personal de las Fuerzas Armadas, considera como militares profesionales a los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales que adquieren la condición de militar de carrera, de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería, siendo su relación de carácter permanente o temporal. De modo que, finalmente, la consideración de militar profesional va ligada a la condición funcional, con independencia de si la vinculación es de duración indefinida o no.

militar especial y se les considera como tales. Quizá debamos señalar aquí que no se trata de profesionales en realidad, sino que tan sólo son asimilados a tal categoría<sup>675</sup>.

La figura actualmente desaparecida del militar de reemplazo se regulaba por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, *del Servicio Militar*, completada tal normativa por el Reglamento de Reclutamiento, aprobado por el Real Decreto 1107/1993, de 9 de julio y asimismo por el Reglamento del Servicio Militar, aprobado en virtud de Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio. Este servicio comenzaba el día de incorporación a las Fuerzas Armadas y finalizaba pasados nueve meses, quedando estas personas sujetas a la legislación específica militar durante ese periodo de tiempo<sup>676</sup>.

Por lo que se refiere a la condición de alumnos de centros docentes de formación militar, ésta se adquiere desde el momento de la presentación en la Unidad que corresponda y con la firma del documento en el que se acredite tal incorporación, de modo que desde ese momento son militares y se someten a la normativa militar específica, ello sin perjuicio de la normativa de carácter académico. Sin embargo, la Ley de Régimen de personal de las Fuerzas Armadas no encuadraba a los alumnos de centros docentes de formación como auténticos militares. En conclusión, tendrían consideración de militares, pero no de militares profesionales<sup>677</sup>.

---

<sup>675</sup> Mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, se declaraba el estado de alarma para la normalización del servicio público del transporte aéreo, acordándose que mientras durara tal situación los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA adquirían la consideración de militares profesionales a los solos efectos de lo dispuesto en el apartado Uno del artículo 10 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, *de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio*, quedando por tanto durante ese periodo de tiempo sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares. Ahora bien, se trataba de una asimilación de carácter parcial o limitado, en el sentido de que sus puestos de trabajo no podrían tener la consideración de destino y que, por tanto, en caso de no incorporarse a los mismos no implicaría una conducta constitutiva de falta o delito derivados del incumplimiento del deber de presencia del militar, sino que al estar sujetos a las órdenes de las autoridades competentes determinadas por el mismo Real Decreto, en caso de incumplirse las mismas podrían, en su caso, incurrir realmente en un delito de desobediencia o bien sedición, según los hechos se cometieran de manera individualizada por cada sujeto o concertada entre ellos, respectivamente.

<sup>676</sup> J. L. MARTÍN DELPÓN, *La supresión del servicio militar obligatorio como factor criminológico y su incidencia en el Derecho Penal Militar y en el Derecho Disciplinario Militar: su aplicación a la zona militar de Canarias*, en *Anales de la Facultad de Derecho de Santa Cruz de Tenerife* 26 (2009) pp. 145 ss.

<sup>677</sup> Hemos de reseñar que esta polémica acerca de considerar o no militares a los alumnos de los centros docentes militares ha quedado superada debido a la derogación de la citada ley y asimismo por lo dispuesto en el nuevo Código Penal Militar, quedando recogidos dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, de modo que por tal ley se les reconoce como posibles sujetos activos de los tipos penales analizados en el presente trabajo por su conexión con el incumplimiento del deber de presencia de todo militar, de conformidad con lo dispuesto en su artículo número 2, “3º Los alumnos de los centros

## 2. Tipos disciplinarios de naturaleza leve relacionados con la falta de presencia

### a) Faltas de puntualidad en actos de servicio

La anterior ley disciplinaria recogía la falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos como conductas constitutivas de una falta leve (artículo 7.9 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre). Se trataba de una falta contra el servicio militar, constituyendo una conducta que pone en peligro la eficacia de las Fuerzas Armadas. En este sentido, ha sido muy complejo encontrar una clara definición aplicable al concepto de servicio militar. Podemos partir para llegar a una definición de la distinción de dos acepciones del término, una de carácter objetivo y una segunda subjetiva; en el primer caso se habla de la prestación personal de tal servicio, mientras que en el segundo se trata no tanto de una visión particular en la consideración de las funciones prestadas por el militar, sino del propio funcionamiento de la Institución considerada en su conjunto. Ahora bien, esta segunda acepción no es válida a efectos de concretar el bien jurídico protegido por la norma al tipificar como falta leve la falta de puntualidad o el abandono temporal de los actos de servicio, pues coincide propiamente con el potencial bélico-defensivo del Estado que es en realidad la razón de ser de la legislación militar, tanto penal como disciplinaria.

Por otro lado, es preciso en este punto, en aras de centrar el estudio en conexión con el tema objeto de nuestro trabajo, hablar del concepto de servicio diferenciando la posibilidad de tratarlo como un concepto genérico o bien específico<sup>678</sup>. De ello resulta la posibilidad de clasificar este tipo de infracciones en dos grandes grupos: el primero tiende a garantizar el exacto cumplimiento del deber de prestar el servicio militar, incluyendo entre otras conductas las que infringen el deber de presencia de todo militar;

---

docentes militares de formación...4º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil”.

<sup>678</sup> Artículo 15 del Código Penal Militar del año 85, en concordancia con el nuevo artículo 6 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, de *Código Penal Militar*. Desde una consideración genérica del término se atiende a la obligación de prestar servicio a las Fuerzas Armadas para la defensa de España siguiendo la ley, mientras que desde la perspectiva específica el término va enfocado al conjunto de funciones que le son exigibles al militar durante el tiempo que permanece en el desempeño de su cargo. Vide A. GRANADOS CASTILLO, *Acto de servicio*, en *Comentarios al Código Penal Militar* cit. pp. 315 ss

mientras que el segundo grupo se referiría a conductas de falta de puntualidad y ausencias injustificadas a los actos de servicio<sup>679</sup>.

Según lo mostrado por la anterior ley de régimen disciplinario del año 1998, la falta de puntualidad en actos de servicio requiere una serie de elementos que deben darse a la vez para que tal conducta sea susceptible de un reproche de naturaleza disciplinaria. En primer lugar, debe advertirse respecto del elemento subjetivo de la conducta indisciplinada que el sujeto activo del comportamiento ilícito debe ser un militar, y actualmente ya no es posible hacer la tradicional distinción entre militares profesionales y los que no lo son, debido a la profesionalización del Ejército, siendo la Administración el sujeto pasivo, esto es, el afectado por dicho comportamiento al verse vulnerada la eficacia de las Fuerzas Armadas.

En segundo lugar, la conducta típica es la de la impuntualidad del militar, lo que supone una manifestación clara del incumplimiento del deber inexcusable de todo militar en este sentido, pues en caso contrario se muestra una actitud de desidia e ineptitud para la carrera militar<sup>680</sup>.

Esa falta de puntualidad lo es con respecto a actos de servicio, los cuales deben entenderse en el sentido determinado por el antiguo Código Penal Militar en su artículo 15, lo que ha sido respetado por el artículo 6 del nuevo Código Penal Militar, esto es: “...todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos.”

Se trata por tanto de una conducta tan sólo de impuntualidad, pero que no afecta al deber de presencia de todo militar, sino a la eficacia del servicio a las Fuerzas Armadas como antes decíamos, ya que el militar puede encontrarse en la Unidad y no manteniendo un desconocimiento por parte de los Mandos en cuanto a su paradero, solo

---

<sup>679</sup> Vide R. FORTÚN ESQUIFINO, *Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley Disciplinaria militar*, en *RGD*. 512 (1987) pp. 2480 ss.

<sup>680</sup> El precepto dice literalmente “actos de servicio”, lo que podría llevarnos a pensar que en realidad la conducta debe ser reiterada por parte del autor, sin embargo no ha sido ésta la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo que, en sentencia de fecha 11 de julio de 1991 expone: “...dicha interpretación conduciría al absurdo de no poder ser sancionados los hechos de falta de puntualidad en los actos de servicio ni las ausencias de los mismos mientras no se diera el número de veces que se estimare bastante para su nacimiento.... La interpretación de dicho precepto no puede ser otra que la de que cada falta o ausencia, aisladamente, constituye objeto de sanción.”

que se incorpora tarde al servicio, es decir que lo hace con retraso. Lógicamente, para que la conducta sea susceptible de sanción se requiere que no concurra causa alguna justificativa de la falta de puntualidad, ahora bien si concurriera tal causa ésta deberá ser acreditada debidamente y de forma suficiente.

#### **b) La ausencia injustificada como falta leve**

La siguiente infracción a analizar en este sentido, continuando con las que son de naturaleza leve relacionadas con el incumplimiento de deber de presencia en el ámbito castrense, es la de ausentarse o directamente no incorporarse al destino o al puesto de trabajo que deba desempeñar el militar y ello de manera injustificada, delimitando ya en este caso un plazo máximo -de veinticuatro horas- iniciándose el cómputo en el momento en el que el interesado debía estar presente en su destino o puesto, o incluso en su centro docente (tratándose de un alumno de academia militar). Esta falta leve, al igual que la anteriormente mencionada, constituye una conducta atentatoria contra el servicio militar al poner en riesgo la eficacia de las Fuerzas Armadas en el mismo sentido que el comportamiento antijurídico anteriormente analizado, si bien con la diferencia de que el ilícito disciplinario de que ahora nos encargamos implica una vulneración del deber de presencia, esto es, una falta que trata de sancionar una conducta que afecta a la intangibilidad de los recursos humanos del Ejército, sobre la base de que la Institución militar es disciplinada, jerarquizada y unida, caracteres que se muestran esenciales para la eficacia de su actuación<sup>681</sup>.

La conducta típica puede consistir o bien en ausentarse de la unidad, destino o centro docente de formación, o bien en no incorporarse a ellos; la diferencia radica en que es sancionable tanto la conducta omisiva consistente en la no incorporación de manera efectiva como en la ausencia propiamente dicha, es decir, que es posible que el militar se haya incorporado a su Unidad o establecimiento en el que debe desempeñar sus servicios, pero que con posterioridad lo abandone por un periodo inferior a

---

<sup>681</sup> J. M. GARCÍA LABAJO, *Delito de abandono de destino o residencia*, en *Comentarios* cit. pp. 1482 ss. Este tipo venía previsto en el apartado 10 del anterior artículo 7 de la ley disciplinaria del año 1998, y actualmente de modo similar se prevé tal conducta ilícita en el apartado 20 del nuevo artículo 6 correspondiente a la ley Orgánica 8/2014 de 4 de diciembre, *de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*.

veinticuatro horas, siendo este requisito de plazo aplicable a ambos supuestos<sup>682</sup>. La anterior ley tan sólo hacía referencia a la conducta de ausencia injustificada, si bien en el sentido de no presencia se admitían sus dos formas de comisión, esto es, la propia que implica el abandono del destino, y la impropia consistente en la no incorporación al destino propiamente dicho.

El bien jurídico protegido por la norma es, por tanto, el dar cumplimiento al deber de presencia para la prestación del servicio por el que está obligado a ello. Además antes tan sólo se hablaba de la falta de presencia o el abandono del destino, sin embargo ahora el ámbito de aplicación es más amplio refiriéndose a puesto o destino, o en su caso centro docente de formación, recogiendo con ello una referencia al deber de permanente disponibilidad por parte de los militares. Debe resaltarse el acierto de la nueva ley en este aspecto, pues con la anterior esta falta no podría ser cometida por aquellos que se encontraban suspensos de empleo o en la reserva<sup>683</sup>.

Para que esta falta exista es necesaria la concurrencia de un elemento objetivo, el plazo, debiendo ser éste de un periodo inferior a las veinticuatro horas, tanto para los militares como para los alumnos<sup>684</sup>. Por último, se requiere la no concurrencia de causa justificativa de tal ausencia. Por ello, deben excluirse de este tipo disciplinario aquellos casos en que la presencia no se ha efectuado por causa no imputable al sujeto y que venga debidamente acreditada así como tampoco en el caso de que medie autorización para tal ausencia por parte de los Mandos. En este sentido, debe reseñarse la línea marcada por el Tribunal Supremo, quien ha entendido que la palabra injustificadamente

---

<sup>682</sup> C. GARCÍA LOZANO, *Extralimitación y negligencia profesional en acto de servicio de armas* (Madrid 1994) pp. 283 ss.; A. MILLÁN GARRIDO, *Falta grave de ausencia arbitraria*, en J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil* (Madrid 1996) pp. 331 ss.

<sup>683</sup> A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo* cit. pp. 494 ss.; T. CANO CAMPOS, *Derecho Administrativo sancionador*, en REDC. 43 (1995) pp. 339 ss.; J. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, en REDC. 54(1998) pp. 263 ss.

<sup>684</sup> Esta es otra de las modificaciones introducidas en este sentido por la nueva ley. Otros de los sujetos que en su caso pueden ser autores de esta falta disciplinaria son los alumnos de centros docentes de formación militar, falta que también tipificaba la anterior ley pero en un apartado diferente del artículo 7, en concreto el número 11, específico para quienes tenían tal condición y de manera diferenciada para con el resto de los militares que igualmente pudieran cometer este tipo. La gran diferencia que introduce la nueva normativa es la relativa al elemento del plazo, ya que antes se exigía que el plazo de ausencia fuera inferior a cinco días, mientras que la nueva ley limita mucho ese periodo de tiempo a las veinticuatro horas, lo que antes tan solo regía para el caso de guerra. Una vez superados esos plazos la conducta termina siendo susceptible de reproche disciplinario, pero de naturaleza grave, y no tan solo leve.

(recogida por el nuevo artículo 6.20) se refiere, no ya a causas de justificación, sino a contar el ausente con el permiso o la autorización de sus superiores<sup>685</sup>.

### **c) Otras modalidades atentatorias del deber de presencia del personal militar**

Para finalizar con el análisis de las faltas de naturaleza leve que pueden ser cometidas por militares, y que guardan relación con el deber de presencia y la permanente disponibilidad para el servicio, nos queda por reseñar las que aparecen recogidas en los apartados 19, 21 y 22 del artículo 6 de la nueva ley disciplinaria.

La primera sanciona la conducta consistente en una omisión, en no comunicar a los superiores cualquier causa que pudiera concurrir y que justificara la ausencia del destino, dando al militar el plazo de veinticuatro horas para cumplir con este deber de comunicación; de modo que si no lo hace, es decir, no lo comunica en ese periodo de tiempo estará incurriendo en una falta de naturaleza leve, lo que puede conllevar aparejada una sanción consistente incluso en una restricción de su libertad. Vemos por tanto la importancia de que los Mandos tengan continuamente conocimiento del paradero y la situación en la que se encuentran sus subordinados.

La segunda hace referencia al incumplimiento de los deberes que recaen sobre el militar con respecto a su residencia, y es que el militar debe residir en el lugar en el que habitualmente preste sus servicios, es decir en el lugar en el que se encuentre destinado, ahora bien es posible que este lugar sea otro siempre que ello le permita el debido cumplimiento de sus obligaciones y el debido respeto a la normativa sobre la materia; en todo caso, es necesaria la oportuna comunicación a sus Mandos del lugar en el que reside. De nuevo, la clave para determinar si una conducta es constitutiva de esta falta leve, consistente en la inobservancia de las normas relativas al deber de residencia de los miembros de las Fuerzas Armadas, o bien delito de abandono de residencia

---

<sup>685</sup> A efectos justificativos se ha entendido como autorización genérica la que rige para las Unidades militares según su norma específica, o para cada Unidad en concreto permitiendo la ausencia de los militares fuera de las horas y días en que su presencia es obligatoria, en este sentido se pronunció el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 24 de septiembre de 1996. Ahora bien esa autorización para justificar la ausencia a efectos disciplinarios debe ser expresa, sin que se admita validez de una autorización hecha de modo genérico o extraída implícitamente de distintos actos, lo que también ha obtenido un respaldo jurisprudencial; a modo de ejemplo señalamos la sentencia del Tribunal Militar Central, de 18 de noviembre de 1998.



tipificado en el artículo 56 del Código Penal Militar anterior (antiguo artículo 119) es el periodo de tiempo en el que se encuentre incumpliendo la normativa relativa a ese deber, pues el delito exige que esa ausencia supere los tres días<sup>686</sup>.

La obligación de todo militar de cumplir con sus obligaciones implica la permanente disponibilidad para el servicio cuando sea requerido para ello, de modo que el Mando debe tener la posibilidad de localización de sus subordinados, lo que tradicionalmente ha restringido su libertad a la hora de fijar el lugar de su residencia.

En los últimos tiempos el desarrollo de la tecnología y la evolución de los medios de transporte, en calidad y velocidad, han requerido que surja una regulación específica en esta materia abriendo en cierto modo las posibilidades que tiene todo militar para fijar su residencia. En este sentido, debe advertirse que la regla tradicionalmente ha sido la de que todo militar debía tener su residencia en el lugar donde se encontrara su destino, sin embargo se ha evolucionado en la materia por las razones anteriormente expuestas, permitiéndose actualmente que el militar pueda residir en lugar distinto siempre, eso sí, que pueda cumplir con sus obligaciones, haciendo ello compatible la posibilidad de residir en lugar distinto del de destino con la permanente disponibilidad para el servicio.

Independientemente del lugar en el que se haya fijado su residencia, todo militar tiene un deber implícito de comunicar a sus Mandos el lugar de su domicilio y demás circunstancias personales que sean requeridas a efectos de permitir su permanente localización, evitando por tanto situaciones de ausencia o desconocimiento del paradero del militar; vemos por tanto que el grado de privacidad de tales circunstancias es mucho más restringido para los militares para con sus Mandos que con respecto a cualquier

---

<sup>686</sup> El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de diciembre de 2006, en cuanto al cómputo del plazo de los tres días entendió que no siempre los días que forman un periodo de ausencia son computables, ya que excluye de ese cómputo los sábados y domingos, tal como ya había indicado en Sentencias precedentes como la de fecha 21 de febrero de 2000, 28 de febrero de 2003 y la de 28 de enero de 2005, en virtud de las cuales el fin de semana no es computable a estos efectos siempre, claro está, que el militar no tenga designado servicio alguno, y asimismo el día que el ausente se presenta en su Unidad si no consta que lo hizo después de la lista de ordenanza de esa mañana en cuestión.

otro ciudadano, por la especialidad de sus funciones de defensa del Estado español, que le es atribuida en virtud del contenido del artículo 8 de la Norma fundamental<sup>687</sup>.

Por último, el militar se encuentra asimismo obligado a comunicar a sus jefes cualquiera circunstancia de carácter personal que haga posible que sea localizado si las necesidades del servicio así lo llegaran a exigir, es por ello que si tales datos no se hacen constar en la Unidad en la que se encuentra destinado podrá ser sancionado como autor de una falta de naturaleza leve, del mismo modo que si no notifica sus salidas al extranjero. Se percibe con ello entonces que lo que se busca es la defensa de un único bien jurídico, como es el respeto del deber de permanente localización del militar a fin de garantizar su plena disponibilidad para el servicio cuando fuera requerido para ello.

### **3. Incumplimiento grave del deber de presencia**

Las conductas que contravienen el deber de presencia de todo militar pueden ser asimismo constitutivas de faltas de naturaleza grave, como propiamente la de ausentarse o no incorporarse de manera injustificada a su destino o puesto desempeñado, o bien por parte de los alumnos a sus centros docentes de formación, habiendo transcurrido más de veinticuatro horas desde el momento en el que debían haberse presentado. Por tanto, a este tipo le es aplicable todo lo anteriormente reproducido para la falta leve tipificada en el artículo 6.20, dependiendo por tanto la entidad del hecho de que supere o no ese plazo señalado.

Es de reseñar que la nueva ley disciplinaria ha venido a tipificar el incumplimiento del deber de presencia de los militares una vez hayan sido debidamente

---

<sup>687</sup> En concreto prevé la Orden del Ministerio de Defensa número 2096/2015, de 29 de septiembre, *por la que se fijan los términos y condiciones para que el militar pueda residir en un municipio distinto al de destino*, la obligatoriedad de comunicar la dirección postal del lugar en el que fije su residencia, número de teléfono y dirección de correo electrónico, con carácter actualizado, con el fin de permitir que esté permanentemente localizado si las circunstancias lo requirieran. Debe advertirse que la normativa en esta materia prevé tal posibilidad de residencia en lugar distinto del lugar de destino del militar, ahora bien, la autorización obtenida por éste para ello no es causa de exoneración de responsabilidad disciplinaria, o incluso penal, que pudiera derivar de conductas que vulneren el deber de presencia de los militares y acatamiento de normas sobre horarios, jornadas y el debido cumplimiento de las guardias y servicios para los que el militar hubiera sido designado. El deber de localización es uno de los fundamentales en la Institución militar para el cumplimiento de sus propios fines, y lo es tanto, que incluso es necesaria la comunicación para viajar al extranjero, poniendo en conocimiento de la Unidad la residencia temporal que vaya a ocupar el militar, estando de este modo localizado de modo permanente.

citados por órganos competentes, o incluso por los instructores de expedientes en el ámbito administrativo, y ello implica por tanto la sanción de una incomparecencia procesal en el ámbito sancionador militar. En nuestra opinión es este un gran avance que se debe atribuir a la nueva normativa reguladora de la materia, ya que viene a resolver la laguna legal anteriormente existente relativa a cómo actuar para el mantenimiento de la disciplina y el valor de la jerarquía si el expedientado citado de manera correcta para la práctica de cualquier diligencia en un procedimiento administrativo de carácter militar no comparecía ante la Autoridad que le había requerido. Se trata de evitar que tal conducta quede impune por una vulneración del principio de tipicidad así como del de legalidad, recogándose legalmente este comportamiento, y evitando con ello que el procedimiento se paralice o se dilate de manera indebida por una causa directamente imputable al encartado, como es ocasionar de manera voluntaria su ausencia a tales diligencias.

La incomparecencia del citado ante el Tribunal médico militar por el que sea requerido constituye del mismo modo una conducta que reviste entidad, no tan sólo disciplinaria sino penal, en concreto un delito de desobediencia del anterior artículo 102 del Código Penal Militar, actualmente recogido en el nuevo Código en su artículo 44<sup>688</sup>.

Distinto es el mandato de presencia del militar en su Unidad a efectos de comunicaciones o notificaciones de ciertos actos administrativos<sup>689</sup>. En cuanto a los medios que pueden emplearse para llevar a cabo estas comunicaciones, la nueva ley disciplinaria ha previsto expresamente la posibilidad de emplear medios electrónicos, sin perjuicio de que tales medidas deban evitarse en ciertos casos cuando se trata de materias específicamente clasificadas sujetas a mecanismos concretos para su

---

<sup>688</sup> La Sala Quinta del Tribunal Supremo ha entendido que deben incluirse entre las conductas que llegan a ser constitutivas de los delitos de desobediencia, en virtud del artículo 102 del anterior Código Penal Militar (actual artículo 44), los incumplimientos de órdenes relativas a la obligatoriedad de comparecer ante los servicios médicos o Juntas médico-periciales para el oportuno seguimiento de quien se encuentra en situación de baja médica por enfermedad, entendiéndose que quien se encuentra en dicha situación tiene una serie de deberes, que recaen sobre él y que tiene la obligación de cumplir bien y fielmente del mismo modo que cumple con sus deberes en el desempeño del servicio. En definitiva la gravedad de la conducta deriva de que el incumplimiento del requerimiento de presencia afecta al servicio, sin perjuicio del ataque a la disciplina que ello implica al mismo tiempo. Señalamos como ejemplo, interesante en este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Militar del TS 1953/2014, de 14 de mayo de 2014.

<sup>689</sup> <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9002-contenido-y-novedades-de-la-ley-organica-8-2014-de-4-de-diciembre-de-regimen-disciplinario-de-las-fuerzas-armadas-/>  
(Consulta de 4 de noviembre de 2015).

transmisión. La incoación del procedimiento debe comunicarse asimismo al Fiscal Jurídico Militar correspondiente, lo que podría ocasionar la incoación de un procedimiento penal por los mismos hechos que hubieran motivado el inicio de las actuaciones de naturaleza disciplinaria, lo que conllevaría la necesidad de suspender la tramitación de estas últimas a la espera del contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento penal.

Cuestión distinta de las comunicaciones son los actos de notificación al expedientado, respecto de lo que existe una obligación de la Administración de poner en su conocimiento la totalidad de las resoluciones que pudieran afectar a sus derechos e intereses. Es necesario que el medio por el que se lleve a cabo la notificación permita dejar constancia de la misma, con fijación del lugar. La fecha en la que se ha practicado, concreción del acto notificado y la identidad del expedientado, ya que el acto debe realizarse con él directamente y, si éste ejerce su derecho, con su asesor. El problema que podemos encontrarnos con la negativa del expedientado a hacer constar que la notificación de una diligencia de procedimiento se ha llevado a cabo se resuelve en la nueva ley disciplinaria dejando constancia de tal intento de notificación, por lo que es aconsejable que tal circunstancia sea verificada a través de testigos, para evitar que posteriormente ese intento de notificación al expedientado sea negado por el mismo. En este caso se tiene la diligencia por realizada y se debe continuar con la tramitación de las actuaciones administrativas.

En el supuesto de la imposibilidad de localización del expedientado el trámite de la notificación se entenderá realizado mediante la publicación de edictos en su Unidad de destino y asimismo en el Boletín Oficial de Defensa, siendo ambos medios necesarios, debiendo contener el objeto de la notificación, las consecuencias del trámite, debiendo dejar constancia de ello en el procedimiento. Es posible que tal trámite de notificación se haya tratado de hacer acudiendo directamente al domicilio del expedientado, y si allí no pudiera ser localizado, la notificación será válida si se hubieran realizado dos intentos para esa notificación (en días y horas diferentes y en el espacio de tres días), extendiéndose una diligencia en la que se haga constar el acto objeto de la notificación, la identidad del expedientado, el domicilio y la hora en que se ha llevado a cabo el intento de la notificación. Es igualmente válido un intento de notificación por vía de Correos, pero con el correspondiente acuse de recibo. Si no es

posible la notificación por causa imputable directamente al interesado (expedientado), ello es causa de suspensión del plazo de instrucción del procedimiento desde que se conoce tal causa de imposibilidad por parte del Instructor hasta que se completa el intento de notificación dándose por realizado mediante la publicación de edictos. En definitiva, lo que debe procurarse es la notificación directa al expedientado, quedando tan sólo los demás medios de notificación relegados a los casos en que no se conozca el domicilio del interesado o bien en que se ignore su paradero.

Esta falta de incomparecencia puede calificarse asimismo como de naturaleza muy grave en el caso de que sea reiterada e injustificada. Podemos pensar que la reiteración se produce desde el momento en que existe un mínimo de dos ocasiones en las que se ha repetido una conducta sancionable, o que ello no es suficiente y que se exige algo más para considerar tal conducta como reiterada; pues bien esto ha sido resuelto por la propia norma regulando lo que debe entenderse por reiteración de la conducta ilícita, considerando que tal circunstancia se produce si se realiza en tres o más ocasiones en un periodo de dos años, computándose el plazo de fecha a fecha desde el momento de la primera comisión, y ello a pesar de que tales actos hayan sido ya sancionados de manera separada, en el caso de que esa conducta concretamente analizada reúna la totalidad de los elementos requeridos por la norma para ser constitutiva de un ilícito de naturaleza administrativa. La razón para ello es que en estos casos lo que se castiga no es la conducta individualmente considerada, sino es la reiteración en la misma por parte de su autor<sup>690</sup>.

## **IV. CONFLICTOS BÉLICOS Y AUSENCIA**

### **A. Las desapariciones en conflictos armados**

Una de las causas que tradicionalmente han ocasionado situaciones de imposibilidad de localización y de incertidumbre acerca de la vida de una persona han sido los conflictos armados, nacionales e internacionales. En España, sin ir más lejos, la

---

<sup>690</sup> La reiteración a la que nos referimos puede cumplir una doble función, o bien como elemento constitutivo de un concreto tipo disciplinario o bien como una circunstancia que debe tenerse en cuenta a efectos de individualizar la sanción que corresponde al hecho concreto.

Guerra civil fue el origen de no pocas desapariciones, todavía sin resolver<sup>691</sup>. Ha sido complicado determinar el número exacto de desaparecidos en la Guerra civil española, a pesar de que se ha elaborado un censo de fusilados, desaparecidos y enterrados en fosas comunes a partir del 17 de julio de 1936. Los historiadores han sido los encargados de llevar a cabo la labor de cuantificación del número de víctimas y de desaparecidos en la contienda, sin embargo diversos estudios muestran que ha sido un trabajo complejo y dificultoso por la falta de existencia de unos registros fiables<sup>692</sup>.

Otra de las consecuencias de la Guerra civil fue el de los exiliados. Los exiliados habían sido fundamentalmente combatientes del Frente Popular, cargos públicos, profesionales e intelectuales. Igualmente, la II Guerra Mundial dejó una multitud de víctimas cuyo número es difícil de cuantificar, teniendo en cuenta no solo a los muertos sino también a los desaparecidos.

Con esta referencia sólo queremos mostrar la necesidad de regular con un especial cuidado la protección de las víctimas de los conflictos armados. Si se parte del principio de la dignidad humana, respaldado por la Carta de Naciones Unidas<sup>693</sup>, se hace necesaria la elaboración de un conjunto de normas humanitarias internacionales aplicables a los distintos escenarios bélicos, también en los internos<sup>694</sup>. El primer

---

<sup>691</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones (Nueva York y Ginebra 2002) pp. 46 ss.

<sup>692</sup> Vide, por ejemplo, F. ALÍA MIRANDA, *La guerra civil en retaguardia. Conflicto y revolución en la provincia de Ciudad Real 1936-1939* (Ciudad Real 1994) pp. 225 ss.; J. RODRÍGUEZ OLAZÁBAL, *La administración de justicia en la Guerra civil* (Valencia 1996) pp. 51 ss.; J. CASANOVA, *Rebelión y revolución* (Madrid 1999) pp. 171 ss. Respecto del número de las víctimas ocasionadas por el bando republicano existen menos controversias que sobre las habidas en el bando franquista, pues existe la denominada Causa General que consistía en un estudio que recogía las víctimas ocasionadas por el primero desde el inicio hasta el final de la contienda, tratándose de un estudio pormenorizado, realizado municipio por municipio.

<sup>693</sup> La Carta de Naciones Unidas firmada en San Francisco, de fecha 26 de junio de 1945, reconoce tal principio de la dignidad humana, en base al cual todo individuo es titular de un conjunto de derechos básicos que debían de respetarse por el Estado ante cualquier situación. Vide J. A. CARRILLO SALCEDO, *Dignidad frente a Barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después* (Madrid 1999) pp. 135 ss.; S. RIPOL CARULA, *La respuesta desde el Sistema universal de los derechos humanos a las violaciones graves de derechos y libertades fundamentales* (Bilbao 2002) pp. 159 ss.

<sup>694</sup> Vide I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (Oxford 1990) pp. 305 ss.; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés* (Bruselas 1994) pp. 592 ss.; J.J. URBINA, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (Valencia 2000) pp. 51 ss. Las primeras normas en este campo aparecieron a raíz de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto del año 49, como segundo periodo del fenómeno codificador del derecho de guerra, el cual

problema que surgió en materia de Tratados internacionales aplicables a los conflictos armados internos fue el de delimitar el concepto de soberanía estatal teniendo en cuenta el principio de garantía de la dignidad humana. Se partió entonces de la falta de capacidad de los Estados para aplicar las normas de Derecho internacional humanitario a simples conflictos internos; la solución adoptada fue recoger una serie de principios básicos, a través de los Convenios de Ginebra, que tendrían que aplicarse “en caso de conflicto armado que no fuera de índole internacional”, es decir, una regla de mínimos, en realidad un compromiso para dar protección internacional a las víctimas de los conflictos civiles<sup>695</sup>. En estos casos, la dificultad partía de la negativa de los Estados sobre la existencia de un conflicto armado no internacional, debido a la falta de una clara definición del concepto, lo que sin embargo carecía de sentido en el caso de que existiera una acción hostil de carácter colectivo y de manera mínimamente organizada<sup>696</sup>. La cuestión reside básicamente en la discrecionalidad de los Estados a la hora de determinar si existe un verdadero conflicto armado interno ante el que se tenga que activar la aplicación de las normas del Derecho internacional.

En medio de toda esta vorágine se produjo uno de los avances más destacables en la regulación de carácter internacional de los conflictos armados internos con el Estatuto de la Corte Penal Internacional del año 98, estableciendo por primera vez como gran novedad la responsabilidad penal individual como consecuencia de actos que impliquen violaciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario, cuya aplicabilidad es exigible en los conflictos armados internos<sup>697</sup>. En esta regulación

---

surge con la Declaración de París de 1856 en materia marítima. Posteriormente el Código *Lieber* del año 1863, fue el primer documento escrito que, como tal, recogía el Derecho de guerra aplicable a los conflictos entre los Estados.

<sup>695</sup> Vide R. MÉNDEZ SILVA, *Elementos de derecho internacional humanitario* (México 2001) pp. 41 ss. Trata en realidad de atribuir una serie de derechos y deberes en sede internacional a los insurgentes (no combatientes) por el hecho de tratarse de un conflicto.

<sup>696</sup> Vide J.E. BOND, *Internal conflict and article Three of the Geneva Conventions*, en *Denver Law Journal* 2 (1971) pp. 270 ss.

<sup>697</sup> Vide Y. MOMTAZ, *Las normas humanitarias mínimas aplicables en periodos de disturbios y tensiones internas*, en *RICR*. 147(1998) pp. 494 ss.; C. RUEDA FERNÁNDEZ, *Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?* (Madrid 2000) pp. 308 ss.; J.A. YÁÑEZ-BARNUEVO, *El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como institución* (Madrid 2000) pp. 143 ss.; M. COMELLAS AGUIRREZÁBAL, *El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales* (Madrid 2000) pp. 329 ss.; N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *La Corte Penal Internacional* (Madrid 2002) pp. 69 ss. Fue el primer tratado internacional multilateral que permitió tipificar las conductas punibles en el ámbito de los conflictos armados internos.

internacional es necesario destacar la relevancia de la norma consuetudinaria, consistente en una práctica oficial seguida por un Estado de manera extensa y con carácter uniforme y reiterado, siendo su contenido de naturaleza obligatoria para las partes en conflicto<sup>698</sup>. Entre tales normas consuetudinarias, debe resaltarse la relevancia de dos grandes grupos: las relativas a la protección de la población civil y a los medios y métodos de combate prohibidos.

En cuanto al primer conjunto de normas, el relativo a la protección de la población civil debe destacarse el principio de garantía de un trato humano proporcionado a los no combatientes, especial protección al personal sanitario y religioso y prohibición de ataques directos contra la población civil; por último, destaca el reconocimiento de una responsabilidad penal individual por violaciones de los anteriores principios consuetudinarios<sup>699</sup>. Respecto del segundo grupo de normas consuetudinarias a que hacíamos referencia, el de los métodos y los medios de combate prohibidos, éstas van referidas básicamente a prohibir todos aquellos que ocasionen daños superfluos o sufrimientos de carácter innecesario para la consecución del fin perseguido en el conflicto, llegando a determinarse armas y materiales que quedan prohibidos y que no pueden llegar a emplearse bajo ninguna circunstancia<sup>700</sup>.

Centrando nuestro estudio en el primer objetivo, el de la protección de la población civil en los conflictos armados internos, surge la necesidad de concretar el concepto de Derecho Internacional Humanitario. Podemos definirlo como la parte del ordenamiento jurídico internacional relativa a la protección que debe dispensarse a aquella persona que “no es miembro de un ejército ni pertenece a las milicias ni a los cuerpos voluntarios, incluidos los movimientos de resistencia organizados, sean o no reconocidos por la parte adversa”, esto es la población civil<sup>701</sup>. Y en este sentido es

---

<sup>698</sup> A. MANGAS MARÍN, *Derechos humanos y derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos armados internos* (Bilbao 1990) pp. 81 ss.; C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna*, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* 14 (1999) pp. 74 ss.

<sup>699</sup> F. KALSHOVEN, *Imparcialidad y neutralidad en el derecho humanitario y en la práctica*, en *RICR*. 96 (1989) pp. 548 ss.

<sup>700</sup> Vide P. BRETTON, *Le problème des méthodes et moyens de guerre u de combattants les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 août de 1949*, en *RGDIP*. 82 (1991) pp. 32 ss.

<sup>701</sup> Vide O. UMOZURIKE, *La protección de las víctimas de los conflictos armados. La población civil en las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario* (Madrid 1990) pp. 191 ss.



fundamental delimitar claramente los conceptos de los que veníamos hablando, distinguiendo entre conflictos armados internos y los internacionales, ya que la protección que se dispensa a las víctimas es diferente en uno u otro caso.

Resulta patente, como problema que ya apuntábamos más arriba, la dificultad de diferenciar entre un conflicto armado interno y otro internacional<sup>702</sup>. Adentrándonos en lo que podemos considerar principios básicos aplicables a los conflictos armados internos se distinguen cuatro grupos. El primero, el de los principios fundamentales como el que prescribe que las actuaciones militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana, el de no causar al adversario daños que sean desproporcionados conforme a los objetivos del conflicto, especial protección y respeto a las personas que no participan directamente en las hostilidades y la limitación de la libre elección por las partes de los medios y métodos de combate. El segundo grupo es el formado por los principios que podemos denominar “comunes” y son dos: el de seguridad de las personas y el de inviolabilidad, que protege la vida y la integridad humanas. En tercer lugar el conjunto de principios aplicables a las víctimas de los conflictos, como el de asistencia humanitaria (lo que es compatible con la situación de conflicto) y el de obligatoriedad del Estado de proteger a las personas que se encuentran bajo su custodia<sup>703</sup>. Y por último, el conjunto de los principios propios de la guerra, como son el de la limitación de las prácticas de combate con razón a la especial protección de la población civil, el de limitación de las operaciones militares por razón del objeto -que debe ser estrictamente militar-, y el de limitación de tales actuaciones por razón del resultado y las consecuencias de las prácticas de combate, ya que no es admisible que de las mismas resulten pérdidas inútiles o

---

<sup>702</sup> Vide D. SCHINDLER, *The different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions*, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haya* 163 (1979) pp. 117 ss.; J. GUISÁNDEZ GÓMEZ, *Los conflictos armados internos*, en *Curso de Derecho Internacional Humanitario*, del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (Ciudad Real 1999) pp. 210 ss., sobre el conflicto no internacional señala, “Su desarrollo se verifica dentro de las fronteras de un Estado o de sus territorios de soberanía. Al menos una de las partes no tiene cualidad estatal. Parte de las luchas armadas que se ejecutan, se regulan por las normas jurídico-internacionales. Por su parte C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones* cit. pp. 44 ss., entiende que son dos las notas que caracterizan un conflicto armado interno, esto es, la existencia de una situación objetiva de violencia y hostilidad y además que venga “localizada sobre el territorio de un solo Estado”. Vide D. ERIC, *Introduction au droit international humanitaire*, en *Collegium* 21 (2001) pp. 16 ss.

<sup>703</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, *La asistencia humanitaria en Derecho Internacional contemporáneo* (Sevilla 1997) pp. 127 ss.

sufrimientos excesivos; de la conjunción de todos ellos resulta el principio general de la asistencia humanitaria<sup>704</sup>.

Ante esta multiplicidad de principios, debemos diferenciar entre medidas de protección y las de prevención, pues estas últimas pretenden evitar daños a la población civil, sin embargo en el caso de las primeras el daño ya se ha producido y se trata tan sólo de minimizar sus efectos. Entre el grupo de las medidas de protección jurídica, destaca la necesidad de trato humano para con las personas afectadas por un conflicto armado, mediante lo que podemos reflejar aquí como finalidades que se consiguen prohibiendo conductas que impliquen tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>705</sup>. El contenido esencial de tal principio se manifiesta en la delimitación de actuaciones concretas que quedan prohibidas ante cualquier circunstancia, tiempo y lugar. Además para hacer efectivo ese principio del trato humano es necesario que las personas sean tratadas sin ningún tipo de distinción desfavorable, lo que no implica por tanto que no pueda dispensarse un trato distinto a determinados colectivos o personas que requieran de una mayor protección en el seno del conflicto, como es el caso de los niños, pero siempre será un trato de carácter favorable y bajo ningún pretexto de manera discriminatoria<sup>706</sup>.

Hay garantías que han de respetarse por encima de todo, de ahí la razón de ser de ciertas limitaciones o prohibiciones en el combate, como es la protección del derecho a la vida de la población civil y de personas que no participan en las hostilidades, el que tradicionalmente se ha considerado como un derecho absoluto; lo anterior implica la prohibición del homicidio en todas sus formas y la intencionada omisión que puede

---

<sup>704</sup> M.A. MEYER, *La acción humanitaria: un delicado acto de equilibrio*, en *RICR*. 83 (1987) pp. 513 ss.; M. TORRELLI, *¿De la asistencia a la injerencia humanitaria?: ¿de qué hablamos?*, en *RICR*. 111 (1992) pp. 245 ss.; F. MAURICE, *Deber de injerencia humanitaria sobre asistencia humanitaria: Ambición humanitaria*, en *RICR*. 112 (1992) pp. 384 ss.

<sup>705</sup> Vide V. DE CURREA-LUGO, *Posibilidades y dificultades del Derecho Internacional Humanitario en el Caso Colombiano* (Valencia 2002) pp. 479 ss.; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Contra la tortura. Manual de acción* (Madrid 2002) pp. 74 ss.

<sup>706</sup> Vide H. MANN, *International Law and the Child Soldier*, en *International and Comparative Law Quarterly* 36 (1987) pp. 38 ss.

llegar a ocasionar la muerte, así como las torturas utilizadas contra las personas con el único fin de ocasionarles sufrimiento<sup>707</sup>.

Este arco de medidas tendentes a la protección de la población civil se completa con una serie de recursos aplicados con el fin de tutelar los bienes necesarios para la supervivencia de tal población, así como obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, esto es, bienes cuya falta de cuidado pueda poner en peligro la vida de gran parte del personal civil<sup>708</sup>. Otra medida es la que tiende a la protección de los bienes culturales y lugares de culto, y especial protección proporcionada a heridos y enfermos, considerando tales a aquellos que tengan la necesidad de una asistencia o cuidado médicos, debido a cualquier tipo de incapacidad o trastorno, y especial cuidado de parturientas, recién nacidos, inválidos y mujeres encinta. Por último, no puede obviarse la especial consideración hacia los náufragos<sup>709</sup>.

Por lo que respecta al segundo bloque de medidas consuetudinarias de carácter internacional, debe señalarse una serie de previsiones que limitan el empleo de las armas de destrucción que ocasionen daños superfluos e indiscriminados. Ante tales limitaciones en la actuación surge la necesidad de regular las conductas constitutivas de infracciones penales, su consiguiente enjuiciamiento y en su caso condena, con la aplicación de principios básicos del Derecho procesal penal como son el de no retroactividad de la ley penal salvo que sea más favorable al reo, el de presunción de inocencia, el de hallarse presente en el desarrollo del proceso con todas las garantías que

---

<sup>707</sup> Vide A. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Droit humanitaire et Droits de l'homme* (Genève 1980) pp. 141 ss. Existen listas de conductas torturadoras recogidas en los textos de Derecho Internacional Humanitario, ahora bien no se trata de listas cerradas con carácter exhaustivo. Asimismo en un principio se consideraba como único autor posible de tales conductas delictivas a los funcionarios públicos u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo el Estatuto de la Corte Penal Internacional supuso un importante avance en la materia ya que no se limitaba a restringir a tales funcionarios como únicos posibles sujetos activos de los delitos de torturas. Dentro de tales conductas prohibidas debemos incluir asimismo los atentados contra la dignidad personal, los tratos humillantes y degradantes. Este entramado de actos prohibidos queda completado con la negativa a admitir cualquier tipo de conducta que implique castigos colectivos, actos de terrorismo o de esclavitud y las amenazas de realizar cualquiera de los actos anteriormente mencionados.

<sup>708</sup> Vide A. ZEMMALI, *Protección del agua en periodos de conflicto armado*, en *RICR*. 131 (1995) pp. 604 ss.; J. HLADIK, *The Review Process of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its impact on International Humanitarian Law*, en *Yearbook of International Humanitarian Law* 1 (1998) pp. 313 ss.

<sup>709</sup> A. MANGAS MARTÍN, *Derechos humanos y derecho humanitario bélico* cit. pp. 47 ss.; A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario* (Salamanca 1990) pp. 122 ss.

ello implica, así como los derechos que a todo imputado reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución, como el de no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

Frente a la posible quiebra de estas garantías en el seno del proceso cuando se trata de un conflicto armado, nos encontramos con la dificultad del control de su cumplimiento, por lo que es necesario seguir trabajando en la materia por parte de los distintos Estados en colaboración con organizaciones humanitarias de carácter internacional. El problema real surge a la hora de aplicar de manera efectiva el conjunto de las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario, siendo evidente la necesidad de regular diversos medios de control y de seguimiento en su aplicación, para que los Estados y el resto de las organizaciones internacionales respeten los principios y las normas del mismo<sup>710</sup>. A tal fin, se ha recogido -tanto en los Convenios de Ginebra del año 49 como en el Protocolo adicional I del año 1977- el compromiso de los Estados de respetar y hacer respetar sus disposiciones ante toda circunstancia, por lo que los Estados deben adoptar una legislación tendente a regular las sanciones penales aplicables a quienes cometan infracciones graves en el ámbito de los Convenios de Derecho Internacional Humanitario.

Como consecuencia de lo anterior, ha surgido la necesidad de difundir el conocimiento del Derecho Internacional Humanitario con el fin de garantizar su respeto y aplicabilidad, lo que se busca a través de la incorporación de textos que recogen las reglas y principios de tal Derecho en los programas de instrucción y adiestramiento militar e incluso en la formación civil, hasta donde sea factible para asegurar su conocimiento generalizado<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> E. ORIHUELA CALATAYUD, *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos. El control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados* (Madrid 1998) pp. 1 ss.; P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruselas 1998) pp. 305 ss.; A. J. IGLESIAS VELASCO, *Los problemas del mantenimiento internacional de la paz* (Madrid 2003) pp. 233 ss. Hay ciertas reglas del Derecho Internacional Humanitario que pertenecen al Derecho internacional general o consuetudinario, vinculando a todos los Estados, aun cuando no sean parte de tratados o convenios que las recogen, incluso aplicándose a ciertos conflictos normas que ni siquiera se han recogido por parte de los instrumentos por los que vienen regulados tales conflictos; en ambos casos, la razón de tales medidas suele ser la de garantizar la protección de los derechos básicos de los individuos o de las colectividades.

<sup>711</sup> CH. DOMINICE, *La mise en oeuvre du droit humanitaire*, en *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel UNESCO des droits de l'homme (París 1978) pp. 507 ss.; D. MOMTAZ, *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*, en *RCADI*. 282 (2001) pp. 51 ss.; C. GREENWOOD, *Historical Developments and Legal Basis*, en *The Handbook of*

## **B. Responsabilidad criminal y desapariciones en conflictos armados**

En un Estado de Derecho, como el nuestro, es la ley es la que debe determinar los requisitos que deben darse para eximir de responsabilidad a una persona que ha cometido un crimen. Las causas de extinción de la responsabilidad penal vienen recogidas en el artículo 130 del Código Penal; entre éstas está la muerte del autor, pues si el individuo desaparece también lo hace su capacidad de responder penalmente. Otra de las causas de extinción de la responsabilidad penal es el íntegro cumplimiento de la condena o la remisión de la pena. Por otro lado entre las situaciones que implican en cierto modo el perdón, se encuentra el indulto y el propio perdón del ofendido en determinados delitos; por último, la prescripción del delito o de la pena o de la medida de seguridad.

El tema de la prescripción adquirió realmente relevancia en el año 1964, en relación con el límite del plazo de los veinte años fijado para la prescripción de los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. En este momento se alzaron las voces de los Estados que habían sufrido las consecuencias directas de los actos de la barbarie nazi, tratando de evitar que tales actos condenables quedaran impunes. Sobre esta cuestión se trabajó intensamente, siendo en junio de 1965 cuando se llegó a celebrar un coloquio internacional que reunió a destacados juristas europeos y que, al analizar los principios básicos que jurídicamente permitían reprimir los crímenes de guerra cometidos por los nazis, se defendió la imprescriptibilidad de tales crímenes sobre la base del Derecho internacional, ya que se trataba de delitos sobre los que no podía regir el Derecho interno de los Estados en cuyo territorio se hubiesen cometido. Es decir, que los crímenes contra la humanidad no debían ni podían ser de la competencia exclusiva de los Estados, sino que se trataba en realidad de una obligación

---

*International Humanitarian Law* 101 (Oxford 2008) pp. 1 ss. El compromiso de respeto y de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario conlleva la necesidad de desarrollar una legislación de adaptación y de establecer un sistema de cooperación judicial entre los Estados para evitar la impunidad de los actos delictivos, garantizar la colaboración entre autoridades internas y la jurisdicción internacional, fijando el procedimiento que debe seguirse por los Estados requeridos de inhibición por el tribunal internacional, las condiciones de la detención de personas y de su entrega al país concreto en el que deba ser enjuiciado o bien en el que deba cumplir la pena privativa de libertad en ejecución de la correspondiente sentencia, entre otros muchos aspectos.

internacional, iniciándose así un camino legislativo hacia la imprescriptibilidad de ciertos delitos, entre los que estarían las desapariciones forzadas<sup>712</sup>.

Fueron diversas las posturas que se mantuvieron en torno a la prescripción de los delitos más graves en el ámbito de la Segunda Guerra Mundial, mostrándose contrapuestas las opiniones de los partidarios de la prescripción de tales delitos frente a aquellos que abogaban por la imprescriptibilidad de los mismos. Finalmente, se logró un acuerdo en virtud del cual se reconocía la prescripción de tales crímenes contra la humanidad, si bien retrasando la fecha inicial a partir de la cual debían computarse el plazo de veinte años. De modo que no se tuvo en cuenta la fecha concreta de 8 de mayo de 1945, día en el que cesaron las hostilidades, sino el día 31 de diciembre de 1949 en que se creó la República Federal de Alemania. Finalmente, debido al gran número de casos que ocurrieron en esa época, así como el trato en muchos casos benévolo que se dio a los mismos, el 26 de noviembre de 1968 se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad.

### C. El prisionero de guerra y el desaparecido: ¿situaciones de ausencia?

La relación de Mando puede quedar simplemente suspendida por diversas causas<sup>713</sup>, entre ellas el que un militar sea hecho prisionero de guerra, esto es, el hecho

---

<sup>712</sup> Vide M.I. LIROLA DELGADO-M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: justicia "versus" impunidad* (Barcelona 2001) pp. 122 ss.; K. AMBOS Y S. WIRTH, *The current law of crimes against humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, en *Criminal Law Forum* 13 (2002) pp. 6 ss.; R. SLOANE, *The expressive capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, en *Stanford Journal of International Law* 43 (2007) pp. 40 ss.; M. OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales* (Madrid 2008) pp. 203 ss.; D. ROBINSON, *The identity crisis of International Criminal Law*, en *Leiden Journal of International Law* 21 (2008) pp. 926 ss.; J. CARDONA LLORENS, *Los Estatutos de los Tribunales Internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?* (Madrid 2009) pp. 193 ss.; V.J. MARTÍNEZ PARDO, *La prescripción del delito*, en *Revista Internauta de práctica jurídica* 27 (2011) pp. 125 ss.; J. R. DE PRADA SOLAESA, *Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad* (Valencia 2011) pp. 91 ss.; K. AMBOS, *¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente*, en *Persona y Derecho* 68 (2013) pp. 18 ss.

<sup>713</sup> Vide P. GARCÍA BALLESTER, *Los principios de la disciplina en el Derecho disciplinario militar comparado*, en *REDM.* 37 (1979) pp. 109 ss.; R. BAÑÓN Y J.A. OLMEDA, *La Institución militar en el Estado contemporáneo* (Madrid 1985) pp. 103 ss.; C. PÉREZ DEL VALLE, *Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el Derecho penal militar*, en *REDM.* 68 (1996) pp. 59 ss.; L. COTINO HUESO, *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas* (Madrid 2002) pp. 544 ss. El Mando deriva de la estructura jerárquica mantenida entre los miembros de las Fuerzas Armadas, como un

de que haya sido aprehendido en tiempo de guerra por el enemigo o en acto de servicio y sea sometido a cautiverio<sup>714</sup>. Esta era una de las causas de ausencia, o que así considerábamos nosotros en este estudio, desde tiempos romanos, pues las consecuencias que se desprendían de esta situación eran similares a las producidas por la ausencia propiamente dicha o la circunstancia de la desaparición de un sujeto, derivando en una incertidumbre de carácter general con respecto al conjunto de sus relaciones jurídicas.

Es no sólo interesante como una cuestión a analizar jurídicamente hablando, sino necesario determinar qué ocurre con los bienes de una persona desaparecida, esto es, más exactamente concretar las medidas para la necesaria protección de los bienes de quienes se encuentran en esa situación. Estas cuestiones han sido abarcadas por la Ley Procesal militar<sup>715</sup>.

En torno a esta cuestión se ha discutido acerca de la *necesariedad* o no de un requisito meramente formal, como es la declaración legal de condición de prisionero de guerra o desaparecido para la incoación del correspondiente procedimiento de prevención de testamentaría y abintestato. Ateniéndonos, entre otros razonamientos, a la letra del artículo 521 LPM, nos encontramos con la exigencia de que se haga constar la situación de desaparecido o prisionero del sujeto que la sufre, pero no propiamente la condición de tal a efectos legales.

La funciones del juez Togado quedan relegadas, sobre la base del anterior argumento, a recoger los bienes del militar que se encuentre en esa situación de cautiverio o desaparición, a hacer un inventario de todos ellos dejando constancia de las últimas noticias que de él se hubieran tenido, remitiendo la totalidad de las actuaciones

---

elemento consustancial a la Institución; y el régimen disciplinario así como el penal propio del ámbito castrense guarda estrecha vinculación con ese principio de jerarquía militar. De este principio de jerarquía se desprenden el poder del Mando y su consiguiente responsabilidad y asimismo desde la perspectiva del subordinado, la debida obediencia al Mando, con atribución a este último de la potestad sancionadora. En tiempos remotos se atribuía al Jefe la potestad para juzgar, en la actualidad esto ya no es así –de manera acertada- pero sí tiene una amplia capacidad en materia disciplinaria, siempre respetando las garantías constitucionales y el resto de lo dispuesto por la ley.

<sup>714</sup> Vide J.M. MUÑOZ ALONSO, *Derecho Administrativo militar* (Madrid 1989) pp. 167 ss.

<sup>715</sup> El artículo 521 de la Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, remite al párrafo 2 del artículo 519 de dicha norma para el caso de que no conste el fallecimiento de una persona, pero sí su condición de desaparecido o prisionero de guerra.

al juez competente, que será el del lugar de residencia en España durante un año, o en su defecto, el lugar correspondiente a su último domicilio. En cuanto a las desapariciones ocasionadas con motivo de campaña, no podemos dejar de mencionar lo dispuesto en el Código civil, como uno de los supuestos en que procede la declaración de fallecimiento<sup>716</sup>.

La condición de prisionero de guerra modifica sustancialmente el estatus del sujeto que se ve afectado por esa circunstancia y el trato que tiene derecho a recibir. En este punto debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 5 del III Convenio de Ginebra, en virtud del cual en caso de duda acerca del estatuto de un sujeto, respecto de si debe ser considerado prisionero de guerra o no, ha de estarse a lo disponga el tribunal competente sobre esta cuestión, recibiendo entre tanto el beneficio que a tales efectos le atribuye el mismo Convenio. No necesariamente debe tratarse de un tribunal de naturaleza penal, sin perjuicio del respeto de los derechos fundamentales que corresponden a un procedimiento conforme a la ley que, como tales, se reconocen por el derecho consuetudinario<sup>717</sup>.

En la esfera internacional relativa al trato de los prisioneros de guerra deben tenerse en cuenta dos principios básicos en los que se fundamenta el Convenio de Ginebra sobre trato debido a éstos, los cuales rezan que el prisionero de guerra no puede ser juzgado por el solo hecho de haber tomado parte en las hostilidades y debe concedérsele un trato humano desde el momento en que es capturado hasta que es puesto en libertad y repatriado de manera definitiva<sup>718</sup>. Como consecuencia de lo

---

<sup>716</sup> Artículo 194, primero del Código civil: “De los que perteneciendo a un contingente armado unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra.” Vide P.T. NEVADO, *La función pública* cit. pp. 187 ss.

<sup>717</sup> M. PACHECO GÓMEZ, *Los derechos humanos* (Chile 2000) pp. 1420 ss.; J. E. LONDOÑO ULLOA Y L. CAMILO OSORIO, *VI Seminario internacional: Derecho Internacional Humanitario, conflicto armado y tratamiento de las víctimas* (Colombia 2002) pp. 361 ss.; L. ARROYO ZAPATERO Y A. NIETO MARTÍN, *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional* (Madrid 2013) pp. 463 ss.

<sup>718</sup> P. POZO SERRANO, *El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán*, en *Anuario de Derecho Internacional* 18 (2002) pp. 298 ss.; F. MARIÑO MENÉNDEZ, *El Derecho internacional en los albores del Siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Madrid 2002) pp. 521 ss.; C. RAMÓN CHORNET, *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados* (Valencia 2002) pp. 53 ss.; K. DÖRMANN, *The legal situation of Unlawful/Unprivileged combatants*, en *RICR*. 849 (2003) pp. 45 ss. De modo que la consideración del capturado como prisionero de guerra es vital, en aras de aplicar el estatuto que en consideración de tal le corresponde, pues goza de un estatuto jurídico diferente; asimismo el trato que



anterior surgió la necesidad de prever aquellos supuestos en los que existían dudas acerca de si un sujeto es en realidad prisionero de guerra o no, y si por tanto se le debe atribuir estatuto de tal, pues puede ser incluso una cuestión de carácter vital. Es por ello que surgió la necesidad de regularlo, de modo que en casos de duda corresponde a un tribunal dilucidar acerca de esta disyuntiva.

La base en la que se apoya el III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra viene constituida por los principios de Derecho internacional general, entendiendo que la situación de cautiverio no puede en ningún caso entenderse como una venganza, sino tan solo una medida con el fin de evitar que los prisioneros entren de nuevo en combate debiendo dispensárseles un trato especial, ya que se trata de víctimas especialmente vulnerables de un conflicto<sup>719</sup>.

Ateniéndonos al tenor literal del artículo 5 del citado Convenio de Ginebra, se entiende que: “Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto.”

Este artículo sin embargo deja varios conceptos abiertos a consideraciones diversas, como qué debemos entender por *un caso de duda* y a qué se refiere la norma con la expresión *tribunal competente*. Ante la primera cuestión planteada, la relativa a los supuestos en que existe duda acerca del estatuto de una persona capturada, el Convenio tampoco es demasiado esclarecedor, mostrando tan sólo un par de ejemplos de sujetos a los que se puede aplicar lo prescrito: estos son los desertores y las personas

---

debe recibir es diferente. Pensemos por tanto que la atribución a un prisionero de guerra del estatuto jurídico que como tal le corresponde puede ser una cuestión de afectación de su propia vida en función de la legislación aplicable.

<sup>719</sup>Vide Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 3074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973. Vide C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional*, en *REDI*. 2 (1992) pp. 13 ss.; C. DEL ARENAL, *El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales* (Madrid 1993) pp. 89 ss.; A. PIGRAU SOLÉ, *Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional*, en *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional* 11 (1994) pp. 214 ss.; C. RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional* (Barcelona 2001) pp. 167 ss.

que al servicio de las Fuerzas Armadas hayan perdido su tarjeta de identidad. Ahora bien, se dispone que estas interpretaciones no deben ser restrictivas, y por tanto que los casos de duda no deben constreñirse a unos supuestos específicamente enumerados, por lo que establece un campo bastante amplio a tales interpretaciones. Sobre lo anteriormente comentado han existido diversas disposiciones en las que se ha reconocido una presunción general, en virtud de la cual los capturados en zona de conflicto deben ser considerados susceptibles de aplicárseles el estatuto de prisionero de guerra<sup>720</sup>.

El Convenio habla ahora de tribunal competente, expresión que vino a sustituir a la anterior de autoridad responsable, tratando con ello de evitar que una decisión de tal relevancia recayera en manos de una sola persona, por lo que se exige que tal decisión sea motivada por más de un sujeto y además que se apoye en procesos debidamente establecidos y regulados, en cuanto a su competencia, composición y procedimientos bajo los principios de imparcialidad y eficacia; ahora bien, se va más allá y se dispone que si un sujeto es detenido para ser juzgado por un delito en el marco de las hostilidades y alega tener derecho al disfrute del estatuto de prisionero de guerra, el órgano competente para dilucidar el estatuto es un tribunal judicial<sup>721</sup>.

Ahora bien, aludiendo a la distinción reflejada más arriba entre el procedimiento para determinar el estatuto de prisionero de guerra y el correspondiente al enjuiciamiento de la posible participación del individuo en las hostilidades, la cuestión planteada es si las garantías que deben darse en todo procedimiento en principio deben aplicarse en ambos casos o no. Pues bien, lo que está claro es que las personas en esa situación deben en todo caso ser beneficiarias de las garantías previstas por el derecho

---

<sup>720</sup> Vide J. C. MARTÍNEZ Y H. DORANDEU, *Le droit et la guerre* (París 1979) pp. 178 ss. Algunos ejemplos de ello son el Manual Provisional de Derecho de los Conflictos Armados de 1992, de Nueva Zelanda, así como el Manual de la Fuerza de Defensa de Australia de 1994, según el cual: "en la mayoría de los casos, los combatientes capturados tienen derecho a reclamar el estatuto de prisionero de guerra."

<sup>721</sup> Vide D. JARAMILLO ARBELÁEZ, *La protección del hombre en el derecho de los conflictos armados: con la nueva legislación sobre el Derecho Internacional Humanitario* (Colombia 1981) pp. 39 ss.; J. C. GARCÍA FAJARDO, *700 palabras. Por un mundo más justo y solidario* (Madrid 2011) pp. 19 ss. Ante esta disyuntiva en la competencia nos encontramos con la problemática de que no se haya pronunciado el tribunal sobre el estatuto que corresponde al capturado con anterioridad a que el tribunal competente enjuicie la infracción que se le imputa. Otra de las deficiencias percibidas en la regulación de esta materia la encontramos en la indeterminación del derecho a un proceso con todas las garantías que específicamente deben aplicarse a los procedimientos de concreción del estatuto de prisionero de guerra. En principio podía solventarse esta cuestión sobre la base de que tales garantías se deben aplicar en todo procedimiento, aun en caso de conflicto armado.

internacional humanitario así como por el Derecho internacional de los derechos humanos<sup>722</sup>.

Estudiemos algunos aspectos del Derecho Comparado en este sentido, en cuanto a las diversas actuaciones de los Estados en los casos de duda de que venimos tratando.

La regulación de los Estados Unidos de América manifiesta que en los casos de duda, esto es en aquellos en los que ciertas personas, como son el personal retenido o civiles internados, aun no habiendo sido definidas como prisioneros de guerra, se les debe considerar como tales y concedérseles el estatuto de tal hasta que un tribunal competente determine su estatuto real.

Esta legislación amplía los casos de duda a que se refiere el artículo 5 del Convenio de Ginebra a aquellos supuestos en los que el sujeto en cuestión no se encuentre recogido en ninguna de las categorías del artículo 4 del citado Convenio, pero alegando su derecho a ser tratado como prisionero de guerra, en cuyo caso la cuestión debe resolverse por un tribunal competente. Vienen asimismo reglamentadas ciertas cuestiones como las garantías que deben seguirse para la consecución de un procedimiento imparcial; incluso es tan protectora esta legislación de la consideración de prisionero de guerra que, en los casos de denegación de tal consideración, las actas del procedimiento de tal resolución denegatoria deben ser sometidas a revisión para establecer una suficiencia jurídica respecto de las mismas<sup>723</sup>.

---

<sup>722</sup> Vide A. ZAYAS, *The United Nations and the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Berlin 1997) pp. 674 ss. Mediante Resolución 1999/32, de 4 de marzo la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fomenta entre los Estados la idea de, “Establecer un procedimiento como el habeas corpus, u otro similar,... aun durante los estados de emergencia”.

<sup>723</sup> G. H. ALDRICH, *Editorial Comments: The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, en *American Journal of International Law* 96 (2002) pp. 893 ss.; S. D. MURPHY, *Decision not to regard persons detained in Afghanistan as POW's*, en *AJIL*. 96(2002) pp. 477 ss.; J. FITZPATRICK, *Speaking Law to Power: The War against Terrorism and Human Rights*, en *EJIL*. 14 (2003) pp. 254 ss. Vide J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *La lucha contra el terrorismo internacional a la luz del 11-S: de la zanahoria al palo*, en *Agenda Internacional* 19 (2003) pp. 206 ss.; S. D. MURPHY, *International Law, the United States, and the Non-military “War” against terrorism*, en *EJIL*. 4 (2003) pp. 356 ss. Asimismo se denunciaba una posible vulneración del principio de presunción de inocencia, por una calificación global, como terroristas de todos los detenidos implicados en actos hostiles en nombre de Al Qaeda, por parte de Amnistía Internacional, en *Memorandum al gobierno estadounidense sobre los derechos de las personas que están bajo la custodia de Estados Unidos en Afganistán y en Guantánamo*, en Índice AI: AMR 51/053/2002/s, año 2002, pp. 27 ss. Es de destacar la teoría de aplicación de una doctrina de legítima defensa de carácter preventivo en el ámbito del Derecho Internacional, a este

Fue durante la Guerra de Vietnam cuando se regularon mediante la Directiva 20-5, los procesos que debían seguirse para determinar si las personas custodiadas por los Estados Unidos debían ser consideradas o no prisioneros de guerra. Se reconoce a los detenidos las garantías de asesoramiento y de derechos fundamentales esenciales en una audiencia de carácter imparcial en todo caso<sup>724</sup>. El Reino Unido, por su parte, recoge la regla general de que en caso de duda acerca del estatuto de una persona capturada debe dispensársele el trato de tal prisionero de guerra como si lo fuera, hasta que sea la autoridad superior competente la que resuelva tal cuestión. Para concretar si una persona que se halla bajo la custodia del Reino Unido debe atribuírsele el estatuto de prisionero de guerra, quedando encuadrada por tanto en una de las categorías recogidas por el artículo 4 del Convenio, debe intervenir un tribunal competente, que es en realidad un consejo de investigación<sup>725</sup>.

Canadá también se ha preocupado por esta cuestión regulando la materia a través del *Reglamento para la determinación del Estatuto del Prisionero de Guerra* del año 1991. Si el Oficial al mando considera que existe duda de si el detenido bajo las Fuerzas canadienses tiene derecho o no a tal estatuto de prisionero de guerra, esta cuestión pasa a ser de la competencia de un tribunal; y en tal procedimiento el detenido tiene derecho -y así se reconoce expresamente- a ser representado, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de un intérprete, a solicitar las pruebas que estime pertinentes y asimismo a la apelación contra la resolución del tribunal. Ahora bien, mientras se dilucida acerca de ese estatuto, el mismo debe aplicarse al detenido<sup>726</sup>. La regla de que ante un caso de duda se aplique el estatuto de prisionero de guerra al detenido hasta que se resuelva por el procedimiento previsto, se recoge igualmente por la regulación de Australia, en virtud

---

respecto M. PÉREZ GONZÁLEZ, *La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva*, en *REDI*. 55 (2003) pp. 187 ss.

<sup>724</sup> Vide Directiva número 20-5 de 15 de marzo de 1968, en *American Journal of International Law* 62 (1968) pp. 768 ss. Por lo que se les remitía a un tribunal que debía pronunciarse sobre esta cuestión en una serie de casos concretos, así cuando era dudoso si el detenido contaba o no con el estatus de prisionero de guerra, o bien cuando el detenido reclamaba tal estatuto.

<sup>725</sup> Vide L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester 1993) pp. 188 ss.; T. MERON, *Humanization of humanitarian Law*, en *AJIL*. 94 (2000) pp. 246 ss. Es el mismo tribunal el competente para dilucidar si debe iniciarse un proceso por crimen de guerra cometido por quien en opinión del mismo Tribunal no tiene consideración de prisionero de guerra y no puede, por tanto, quedar protegido por el estatuto que como tal le hubiera correspondido.

<sup>726</sup> Vide Y. SANDOZ, C. SWINARSKY Y B. ZIMMERMANN, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)* (Colombia 2001) pp. 757 ss.

del Manual de las Fuerzas de Defensa del año 1994: “Hasta tanto un tribunal apropiado falle de manera autorizada respecto de su estatuto”<sup>727</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la legislación de Nueva Zelanda, pero al tratar la competencia de tal decisión se refiere a un *tribunal adecuadamente constituido* para tal materia<sup>728</sup>. La regulación de Israel, por su parte, determina que el procedimiento para determinar el estatuto del prisionero de guerra tiene por finalidad: “Incorporar en el derecho israelí el encarcelamiento de combatientes que no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra, de conformidad con las disposiciones de derecho internacional humanitario, en particular con los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”<sup>729</sup>.

Así, se percibe que la mayoría de los Estados han sido tendentes a exigir la determinación del estatuto de prisionero de guerra a quien ha sido capturado, aunque en principio parezca que no le corresponde, así como el reconocimiento a un proceso con todas las garantías. Podemos decir entonces que se ha tendido al reconocimiento de tal estatus de prisionero de guerra aun cuando la persona que lo reclame, habiendo participado en hostilidades, no se encuentre en sentido estricto en ninguno de los casos recogidos en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra.

A mayor abundamiento muchos Estados han venido a incluir en sus normas militares una disposición en virtud de la cual aquel que ha sido capturado, sin condición de prisionero de guerra y que va a ser juzgado por un delito en el marco de las hostilidades, tiene derecho a que el estatuto que como tal le corresponda sea determinado por un tribunal<sup>730</sup>.

---

<sup>727</sup> Vide S. HARRISON, *Skull Trophies of the Pacific War: transgressive objects of remembrance*, en *Journal of the Royal Anthropological Institute* 12 (2006) pp. 818 ss.

<sup>728</sup> J. PICTET, *The new Geneva Conventions for the Protection of War victims*, en *American Journal of International Law* 3 (1951) pp. 462 ss.

<sup>729</sup> A. C. GUTTERIDGE, *The Geneva Conventions of 1949*, en *The British Yearbook of International Law* 26 (1949) pp. 294 ss. Se establece un procedimiento riguroso en el que se concede al capturado una serie de derechos como el de ser representado por aquellos que pueden actuar como abogados defensores en el ámbito de la jurisdicción militar, entre otros, reconociéndose con ello la existencia de un derecho humanitario en Israel.

<sup>730</sup> Este es un principio reconocido en el seno del artículo 45 del Protocolo I, que rige en consonancia con el III Convenio de Ginebra, y que ha venido a ser considerado derecho consuetudinario, sobre todo en casos como el de Estados Unidos que reconoce ese principio en la normativa específica castrense, pero que sin embargo no había ratificado el I Protocolo en el que el mismo se recoge, en su artículo 45.

Por lo que respecta a la ruptura de la relación de mando producida en esos casos podríamos pensar en adoptar como solución una medida de sucesión en el Mando, o bien una suplencia, a través de un acto de toma de posesión de mando o por el nombramiento de un Jefe con carácter interino o accidental para evitar el vacío de mando<sup>731</sup>.

Se entiende por otro lado que el prisionero permanecerá en servicio activo hasta que sea puesto en libertad, y que el plazo en que permanezca esa situación se computará a todos los efectos, excepto en lo que se refiere a su aptitud para el ascenso. Por tanto se entiende que el lugar de destino del hecho prisionero es aquel en el que se encuentre cautivo, podemos decir, en el sentido de considerarlo como el lugar en el que debe cumplir todo lo que esté en su mano para escapar y ayudar a que sus compañeros puedan también lograrlo<sup>732</sup>.

El comportamiento que todo militar hecho prisionero debe mantener en todo momento viene determinado en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, ya que tan sólo debe responder frente a preguntas hechas por el captor sobre los datos correspondientes a su empleo, nombre, filiación y fecha de nacimiento, debiendo respetar los principios de subordinación y disciplina con sus compañeros, no aceptando cualquier favor ni trato del enemigo<sup>733</sup>.

Otra de las situaciones de falta de presencia ante la que se puede encontrar el militar es aquella en la que está desaparecido, es decir no está presente de manera

---

<sup>731</sup> L. BLANCO DE TELLA, *Organización y procedimientos administrativos* (Madrid 1975) pp. 48 ss.; J.L. MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *Definición de militares*, en *Comentarios al Código Penal Militar* (coord. R. BLECUA FRAGA, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO) (Madrid 1988) pp. 226 ss.; E. CALDERÓN SUSÍN, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, en R. BLECUA FRAGA, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Coords.), *Comentarios al Código Penal Militar* (Madrid 1988) pp. 352 ss.; I. DE OTTO, *El mando supremo de las Fuerzas Armadas*, en REDC. 23 (1988) pp. 39 ss.; P.T. NEVADO, *La función pública* cit. pp. 163 ss.

<sup>732</sup> Vide P. GARCÍA BALLESTER, *Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las Fuerzas Armadas* (Madrid 1985) pp. 691 ss. El ascenso de un prisionero debe ser comunicado al captor a efectos de que adopte las medidas oportunas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre el trato a los prisioneros de guerra.

<sup>733</sup> Vide W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute* (Oxford 2010) pp. 455 ss. Tales previsiones vienen asimismo recogidas en el Convenio de La Haya sobre prisioneros de guerra, rezando por el mantenimiento de las relaciones de subordinación entre los mismos prisioneros y su jerarquía, y entre éstos y los encargados de su custodia. Se trata de definitiva de conseguir el mantenimiento de los principios de la unidad y la disciplina y jerarquía con el fin de mantener la moral y la cohesión de quienes se encuentran en esa situación de cautividad.

involuntaria, esto es, no ha abandonado el servicio con intención de sustraerse al mismo. Originada esta situación se precisa de una investigación para poder llegar a comprobar si la misma ha sido ocasionada en acto de servicio o bien tiene un carácter delictivo; pues tendrá un tratamiento especialmente ventajoso el militar que haya desaparecido en acto de servicio o en el mismo haya sufrido un accidente<sup>734</sup>.

Finalmente, debemos reseñar una novedad en esta materia introducida por el reciente Real Decreto 1111/15, de 11 de diciembre, por el que se aprueba *el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales*, regulando específicamente la condición del prisionero de guerra y el desaparecido, considerando al primero como: “el militar que sea prendido y sometido a cautiverio por razón de su condición militar por componentes de fuerzas, organizaciones, o bandas enemigas u hostiles”; y al segundo como: “el militar que con ocasión del servicio resulte ilocalizable debido a causas atribuibles al cumplimiento de sus obligaciones militares.”

De modo que una vez se tenga constancia fehaciente de tal ausencia, en cualquiera de las dos modalidades mencionadas, se incoará un procedimiento administrativo para la declaración de tales circunstancias por parte del Ministro de Defensa, tras seguir el correspondiente conducto reglamentario. Con tal declaración de la condición de prisionero de guerra o desaparecido se produce el cese en el destino.

Respecto de sus situaciones administrativas, decir que éstas se mantienen hasta que son liberados, hallados o declarados fallecidos; salvo una excepción recogida para el caso de los desaparecidos, ya que desde que esa situación hubiera sido declarada, la consideración de encontrarse en servicio activo sólo podrá mantenerse durante un periodo de dos años, no más, reputándosele fallecido a efectos militares mediante la publicación de su baja en el Boletín oficial del Ministerio de Defensa. Pero además la norma limita ese plazo aún más, a tres meses, en caso de grave peligro<sup>735</sup>. Finalmente, se prevé la posible reaparición del desaparecido, de modo que se le da de nuevo de alta,

---

<sup>734</sup> H. FISCHER, *Protection of Prisoners of war* (Oxford 1995) pp. 325 ss.

<sup>735</sup> El artículo 42 del Real Decreto 1111/15, de 11 de diciembre, en su apartado 3 dispone “...para el mismo grupo de militares cuando se encontraran a bordo de un buque naufragado, de una aeronave siniestrada o militares desaparecidos por inmersión en el mar, sin haberse tenido noticias de ellos, ni haberse encontrado sus restos.”

y asimismo el tiempo que ha permanecido en tal situación se computa a efectos de servicios en caso de ausencia justificada.

Tanto el prisionero como el desaparecido podrán entrar en la evaluación que les corresponda y asimismo el plazo de ausencia se computará como tiempo de servicio a efectos de ascenso. Se trata de prever los efectos de la ausencia en la situación personal del ausente, y lo mismo ocurre con su esfera patrimonial, pues el Reglamento dispone finalmente que mientras duren esas situaciones de falta de presencia se deben seguir haciendo efectivas las retribuciones que correspondan al prisionero o desaparecido.

## **V. CONCLUSIONES**

La especialidad de los intereses jurídicos amparados por la Institución militar hace necesaria la regulación de una serie de conducta tipificadas por el Derecho penal castrense. Ahora bien, a pesar de esa especialidad, no es posible hablar de Derecho penal militar como autónomo y totalmente escindido del Derecho penal común y tampoco considerarlo como un Derecho excepcional, pues la necesidad de protección de los intereses que tutela se mantiene con un carácter permanente. En un principio, tales conductas eran atentatorias de bienes jurídicos especiales propios de la Institución militar como materia integrante de un Derecho administrativo castrense, sin embargo debido a la relevancia de los intereses tutelados se consideró como un auténtico Derecho penal, lo que tuvo su reflejo mediante la creación de cuerpos normativos diferentes para tratarlos de modo separado: Derecho penal y Derecho administrativo castrenses.

En este sentido, el sometimiento estricto a unas normas y disposiciones de carácter especial como resultado de las específicas funciones que el militar desempeña, entre ellas las que imponen un especial deber de presencia y de conocimiento del paradero y fácil localización por parte de sus superiores en todo momento, da lugar a una serie de especificidades en materia de delimitación de su lugar de residencia.

Por otro lado, surge una cuestión controvertida a lo largo de los años, como es la de concretar los criterios que permiten dilucidar si unos hechos deben ser enjuiciados por parte de la jurisdicción militar, quedando por tanto al margen del conocimiento de la



ordinaria. El Código penal militar surgió originariamente con la idea de ser una legislación autónoma, para acabar siendo en realidad una norma especial debido a los propios intereses que trata de tutelar; por tanto, lo que resta por hacer es la ardua tarea de delimitar los hechos susceptibles de reproche penal que deben ser abordados por la jurisdicción militar, quedando reservado su conocimiento a los delitos estrictamente militares aun siendo estos hechos tipificados igualmente en la norma común, si bien de interés militar debido a las circunstancias en que tiene lugar (como una situación de guerra) o por la relación de servicio o bien por la necesidad de mantenimiento de la eficacia de las Fuerzas Armadas.

En sede de estas actuaciones -de conocimiento por parte de la jurisdicción militar- debemos detenernos en la importancia de la presencia física del imputado así como determinar qué ocurre en el caso de que no esté presente en las mismas. Como regla general, se procederá a la citación del imputado en aras de que la persona que puede resultar perjudicada como consecuencia de la acción de la justicia sea oída tras conocer el objeto de la acusación por la que, directamente, se ve afectado. La presencia del imputado en el procedimiento persigue dar efectividad al principio de contradicción y evitar cualquier resquicio que haga pensar en una posible vulneración del derecho de defensa. Ha sido ésta una cuestión discutida doctrinalmente, siendo recogida expresamente en el ámbito castrense mediante la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal militar*.

En la fase de la instrucción del procedimiento penal militar es posible la actuación judicial aun cuando no esté presente el imputado, si bien en el momento de la celebración del juicio oral se sigue la regla general en virtud de la cual nadie podrá ser condenado sin ser oído; ello no obstante, es posible que el juicio se celebre aun en ausencia del procesado, salvo caso de enfermedad repentina con la necesidad de los reconocimientos médicos oportunos, y aun en ese caso es posible que el Tribunal acuerde motivadamente continuar con la tramitación si, en su opinión y de manera fundada, ya existen elementos suficientes de enjuiciamiento.

Para garantizar la presencia del imputado en el procedimiento, la Autoridad competente en el marco de la jurisdicción militar cuenta con el mismo medio que se atribuye por la ley a los jueces de la ordinaria, esto es, la requisitoria. En definitiva, podemos afirmar que se trata de garantizar la presencia del militar para el debido

cumplimiento de las obligaciones de su cargo, sin que esto quede en ningún caso confiado a la libre voluntad del obligado a su cumplimiento.

Con el Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 13/85, de 9 de diciembre, las conductas que aparecen tipificadas en relación con el incumplimiento del deber de presencia son tres: el abandono de destino, el abandono de residencia y la desertión, y una serie de figuras especiales de quebrantamiento de dicho deber, tipificando asimismo la participación en los mismos por parte de quien incitara, encubriera o auxiliara a sus autores.

El anterior artículo 119 tipificaba el delito de abandono de destino o residencia del sujeto vinculado a las Fuerzas Armadas, respecto de las que mantiene un deber de disponibilidad permanente. Este precepto recogía una conducta omisiva que podía manifestarse a través de dos modalidades diferentes, pues el tipo podía consistir en no presentarse pudiendo hacerlo o bien en ausentarse injustificadamente. Puede que lleve a confusión el empeño de diferenciar ambas conductas pudiendo parecer la misma omisión, pero no son comportamientos idénticos en realidad, pues en este último caso el sujeto activo se sitúa en una posición antijurídica desde el primer momento, si bien en el primero de los supuestos se trata de una ausencia que en primer momento está autorizada, de modo que no es *per se* una conducta antijurídica aunque sí termina siéndolo con posterioridad, pues la no incorporación a su destino es lo que merece el reproche de naturaleza penal.

La obligatoriedad de permanecer en determinados momentos y por determinadas circunstancias en el lugar fijado como el de la residencia habitual es de nuevo una muestra de la especial obligatoriedad que recae sobre todo militar de estar permanentemente localizado y disponible a cualquier requerimiento por necesidades del servicio. Por ello, aun cuando con los avances de la comunicación y del transporte se ha permitido incluso al militar mantener una residencia fuera del lugar en el que debe prestar de manera ordinaria sus servicios, sí es cierto que se le exige que cumpla con la posibilidad de incorporarse a su unidad en el momento que para ello se le requiera en el tiempo fijado por la normativa específica en la materia.

Otro de los elementos que deben concurrir para hablar de una ausencia del militar, merecedora de un reproche penal en el seno del correspondiente procedimiento

penal es que esa falta de incorporación sea injustificada, en el sentido de que sea contraria al marco normativo que ampara la cuestión. No podemos obviar como último de esos requisitos para que la ausencia sea objeto de enjuiciamiento de un procedimiento penal castrense es que el militar permanezca en esa situación de ausencia durante el término legal requerido. Ahora bien, si la ausencia persiste pero por un plazo inferior al exigido para la comisión de un delito de abandono de destino, podemos encontrarnos con una conducta merecedora, no ya de un reproche de naturaleza penal, pero sí de carácter disciplinario, graduando por tanto las leyes militares las consecuencias de la falta de presencia del militar en función del tiempo en que permanezca dicha circunstancia de falta de presencia.

El Código del año 1985 prescindía de cualquier elemento intencional en el sujeto activo para poder hablar de comisión de este tipo delictivo, el cual sin embargo se hace imprescindible para otro delito relacionado con el incumplimiento del deber de presencia de todo militar, como es la deserción, anteriormente tipificada en el artículo 120. La gran reforma realizada en este campo llegó con la publicación de la Constitución española y tales influencias se dejaron sentir en este Código. Se hace patente un cambio de mentalidad en cuanto a los requisitos que deben concurrir para la existencia del delito de deserción, pues se exige que el sujeto muestre una intención concreta consistente en el ánimo de sustraerse permanentemente a la prestación de las obligaciones que, como militar, tiene atribuidas.

Según la letra de la Constitución española la competencia de la jurisdicción militar queda relegada a lo que se considera lo estrictamente castrense, esto significa que tan sólo abarca medios y objetivos o fines propios de la Institución militar, atendiéndose asimismo a la condición de militar del sujeto y las obligaciones que por tal condición le corresponden relativas al servicio. La Ley Orgánica del Poder Judicial concreta algo más esta cuestión, considerando que quedan dentro de dicho ámbito de aplicación los hechos expresamente tipificados como delitos por la propia norma penal castrense y extendiéndose esa competencia para el caso de encontrarnos ante un estado de sitio.

Es cierto que en las últimas décadas han sido diversos los avances producidos en los Ejércitos y en sus respectivas estructuras y organizaciones, a lo que debe sumarse la profesionalización de los militares, así como su actividad a nivel internacional y

correspondiente despliegue de tropas. Por todo ello, y para dar cumplimiento a las normas de Derecho Internacional Humanitario y garantizar mejor el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los militares, surge el nuevo Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. El Capítulo III del Título IV del Libro Segundo de este Código abarca los delitos contra el deber de presencia en coordinación con las previsiones disciplinarias existentes sobre esta materia en sede de las Fuerzas Armadas y la Guardia civil.

Para la existencia del delito de abandono de destino o residencia, entre los elementos que deben concurrir mantiene el objetivo del plazo de los tres días y tan sólo exige que esa situación haya durado veinticuatro horas si nos encontramos en estado de sitio o caso de conflicto armado, evitando en todo caso la palabra *guerra*. Otra de las diferencias a destacar es que la nueva redacción no habla de una ausencia injustificada, sino de ausencia incumpliendo la normativa vigente en esa materia; asimismo no se hace referencia al militar profesional, sino al militar “a secas” (lo que tiene sentido debido a la profesionalización de los Ejércitos); por último, debe en este sentido destacarse la relevancia de que las penas máximas para estos delitos, que se reducen de tres a dos años con carácter general y de diez años a seis en el caso de conflicto armado o estado de sitio. El tipo mantiene asimismo el elemento de la intención permanente de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, que debe recaer sobre el sujeto activo del delito de deserción.

La gran diferencia es que la nueva norma introduce dos modalidades del delito de deserción consistentes no sólo en el anterior caso de ausencia propiamente dicha, sino además prevé ahora el hecho de no presentarse en su Unidad, destino o lugar de residencia pudiendo el sujeto activo hacerlo, recogiendo con ello las dos modalidades de la ausencia, la propia y la impropia. En este caso, al igual que hemos expuesto para el delito de abandono de destino o residencia, el sistema de penas actual es más benévolo para esta figura delictiva, y elude la referencia a tiempo de guerra, sustituyendo esta expresión por las de conflicto armado o estado de sitio. Llama también la atención la posible condena para el autor de estos delitos imponiéndosele la pena de pérdida de destino.

En un principio las normas mezclaban aspectos de naturaleza penal y disciplinaria, sin embargo posteriormente se resolvió el problema a través de la escisión

de estas cuestiones en normas concretas sobre cada una de estas dos materias diferenciadas; en concreto esto se hizo posible mediante la creación de una Ley Orgánica que regulara el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Surge así el denominado Derecho administrativo-sancionador militar, como una rama independiente del derecho penal castrense para garantizar el exacto cumplimiento de los deberes de todo militar a través de un control del cumplimiento de las órdenes dadas y de las normas, siendo un control de naturaleza administrativa. La actuación sancionadora permitida constitucionalmente a la Administración militar muestra, al menos, una llamativa peculiaridad con respecto a la atribuida a la Administración civil, ya que se le permite a la primera, en el desarrollo de un procedimiento administrativo tramitado con arreglo a la ley, la finalización del mismo con la imposición al expedientado de una sanción que puede consistir en una privación de la libertad, algo que es impensable en el seno de la Administración civil. Además en el desarrollo de ese procedimiento administrativo deben respetarse una serie de principios que son, propiamente, constitucionales; se trata en definitiva de un verdadero Derecho administrativo, si bien con la peculiaridad antes señalada de la posibilidad de aplicar medidas privativas de la libertad.

Deben reseñarse como garantías propias para el expedientado los principios *non bis in ídem* y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, con excepción de aquellas que sean más favorables para el mismo. Asimismo es necesario que en el procedimiento administrativo se respeten una serie de garantías procedimentales que hagan efectivo el derecho de defensa, evitando cualquier posible indefensión. Una de las manifestaciones más claras de ese mencionado derecho de defensa es la audiencia del expedientado en el procedimiento administrativo, tratándose de garantizar la presencia del interesado en las diligencias para darle conocimiento de los hechos que en principio se le atribuyen de manera previa a adoptarse la correspondiente resolución sancionadora que ponga fin a las oportunas actuaciones.

La ley prevé ciertas conductas constitutivas de faltas disciplinarias leves relacionadas con el estricto deber de presencia y permanente disponibilidad de todo militar. En primer lugar la que consiste en una impuntualidad del militar reveladora de una actitud de desidia o de ineptitud del sujeto incumplidor de la norma; y esa falta de puntualidad lo es con respecto al desempeño de un acto de servicio, lo que debe

entenderse de manera restrictiva, en un sentido propio del término que viene delimitado por el Código penal militar.

Se tipifica igualmente una conducta de ausencia injustificada, recogándose realmente dos comportamientos, por un lado el consistente en no incorporarse al destino o centro de formación, y por otro abandonar el destino que en un principio sí llegó a cubrir, debiendo en ambos casos mantenerse en dicha situación por un periodo máximo de veinticuatro horas; ya que si permanece en dicha situación más tiempo, ya no estaríamos ante una infracción administrativa de naturaleza leve, sino grave o incluso una conducta reconocida penalmente como ilícita. Por último, debemos señalar que la nueva Ley ha dado un mayor campo de aplicación a este tipo disciplinario, pues ahora hace referencia no sólo al destino, sino asimismo a puesto y, en su caso, centro docente de formación, pudiendo el tipo ser cometido por quienes se encuentran suspensos de empleo o en la reserva. Y todo lo anterior siempre que no concurra causa justificativa de la falta de presencia o bien autorización de los Mandos del incumplidor para ello.

Se tipifican asimismo otras conductas como son la falta de comunicación a los Mandos de una causa justificativa de la ausencia del destino en el plazo de veinticuatro horas, pues en este caso dicha situación no sería sancionable por la concurrencia de causa de justificación de la misma, pero sí el hecho de no ponerlo en conocimiento del Mando de nuevo por la obligatoriedad de todo militar de poder ser localizado en cualquier momento. Asimismo se sancionan las conductas de incumplimiento del militar respecto de sus deberes de residencia, pudiendo consistir en un incumplimiento de la normativa relativa a esos deberes aplicables a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, o bien incluso en un propio delito de abandono de residencia.

Estas conductas constitutivas de infracciones administrativas de carácter leve pueden ser asimismo infracciones de carácter grave, graduándose la gravedad de la conducta en función del plazo de tiempo que permanezca dicha situación, de modo que si supera el plazo de veinticuatro horas señalado para la falta leve y sin que sobrepase los tres días -que daría lugar al correspondiente enjuiciamiento de la conducta por un posible delito contra el deber de presencia- nos encontraríamos ante una ausencia constitutiva de una falta de carácter grave. La calificación de la falta disciplinaria de incomparecencia puede agravarse, siendo de naturaleza no solo grave sino muy grave, para el caso de que la misma haya sido reiterada por parte del interesado.

Queda por mencionar esa comentada importancia de la presencia del militar y sus peculiaridades en el marco de los conflictos internacionales. No podemos obviar las guerras y los diversos conflictos nacionales e internacionales que se han sucedido a lo largo de los tiempos como una de las causas más habituales de muerte y de desaparición de las personas. La práctica nos ha revelado, tras el elevado número de personas afectadas por los conflictos, la necesidad de formular una serie de principios internacionales de naturaleza humanitaria que resultan aplicables incluso a los conflictos de carácter interno, y no solo internacional.

El primer problema encontrado al materializar las cuestiones surgidas en este campo es el de la amplia discrecionalidad de los Estados (con el problema incluso de llegar a la arbitrariedad) a la hora de decidir si existe un verdadero conflicto armado ante el que se deba desplegar una serie de medios y medidas, y entre ellas la de aplicar los principios básicos de Derecho Internacional Humanitario. Asimismo, en estos conflictos no puede obviarse la trascendencia de aplicar las normas consuetudinarias especialmente en lo que se refiere a dos vertientes: por un lado en lo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos, y con ello tratar de evitar las situaciones de ausencia que por ellos se ocasionan; y por otro para evitar ser hecho prisionero de guerra, otra de las situaciones que podríamos identificar como una verdadera situación de ausencia, hasta el punto de considerarse un antecedente de tal institución jurídica, incluso desde los tiempos romanos como ha quedado reflejado a lo largo del presente estudio. El primer conjunto de normas consuetudinarias que deben destacarse son las tendentes a la protección especial que debe brindarse a las víctimas de tales conflictos, con especial consideración a la población civil y asimismo al personal sanitario y religioso, entre otros grupos. El segundo grupo de estas normas son las que tienen por finalidad establecer los medios de combate que están permitidos, o mejor dicho, se trata de prohibir ciertos medios por el hecho de que tan sólo tratan de buscar un sufrimiento que es innecesario en las víctimas que intervienen en el conflicto a las que llega a desplegar sus efectos.

Han sido múltiples las conductas infractoras de todo este catálogo de limitaciones mencionadas tendentes al respeto humano, y es por ello que han surgido una serie de normas que permitan tipificar tales conductas como constitutivas de infracciones de carácter penal, previendo el consiguiente procedimiento para su

enjuiciamiento al que deberán aplicarse principios propios de Derecho procesal penal reconocidos por la jurisprudencia y nuestro ordenamiento jurídico interno. Como contrapartida, surge asimismo la necesidad de establecer un mecanismo de control del cumplimiento de tales normas de Derecho Internacional Humanitario mediante la firma de los correspondientes Tratados en la materia, estos son, los Convenios de Ginebra del año 1949 y el Protocolo adicional I del año 1977.

En el contexto de los conflictos armados de que venimos tratando surge la figura del prisionero de guerra, que implica una ruptura de la relación de Mando, siendo el militar aprehendido por el enemigo. Esta situación de cautiverio había sido considerada a nuestro juicio como una verdadera situación de ausencia, con la incertidumbre que ello supone para el conjunto de sus relaciones jurídicas, y así se plantea la necesidad de adoptar unas medidas tendentes a la protección de sus bienes. Esta materia ha sido abarcada por nuestro legislador, exigiéndose que se haga constar la situación de desaparecido o prisionero de guerra, aun cuando no se trate de una ausencia propiamente dicha desde una perspectiva técnico-jurídica de dicho término, sin perjuicio claro está del supuesto de procedencia de la declaración de fallecimiento para el caso de las desapariciones ocurridas en campaña en aplicación de lo dispuesto por nuestro Código civil.

En torno a esta cuestión, surge asimismo la necesidad de reconocer un estatus específico para aquel que ostenta la condición de prisionero de guerra, recibiendo un trato benévolo en caso de duda mientras se dilucida por el tribunal competente, sin perjuicio de los derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona en todo procedimiento en aplicación de las correspondientes normas de derecho consuetudinario creado por los diversos Estados. Ese estatuto de prisionero de guerra viene presidido por la regla en base a la cual se le debe proporcionar un trato humano desde el momento de la captura hasta su puesta en libertad, sin que pueda entenderse el cautiverio como una venganza permitida al enemigo, sino con la única finalidad de evitar que el prisionero entre de nuevo a formar parte del combate según lo dispuesto por el III Convenio de Ginebra sobre trato a prisioneros.

No obstante el Convenio no da una solución óptima ante los casos de duda acerca de si nos encontramos o no frente a un verdadero caso de cautiverio, tan solo recogiendo que sí debe considerarse como tales prisioneros a los desertores y a aquellas



personas que trabajan al servicio de las Fuerzas Armadas pero que han perdido la tarjeta que les permite acreditar esa circunstancia, disponiendo que los casos de duda pueden ser muchos más y añadiendo la presunción generalizada de que son prisioneros de guerra todos aquellos que hayan sido capturados en zona de conflicto armado. El Derecho Comparado nos da muestras de la constante preocupación de los distintos Estados por esta materia.

Sobre estas modalidades de ausencia debe reseñarse en especial el recientemente publicado Real Decreto 1111/15, de 11 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales*, introduciendo conceptos específicos de los términos de prisionero de guerra y de desaparecido. Se hace necesaria la declaración de tales circunstancias para su constancia formal, para lo que se incoa un procedimiento de carácter administrativo, siendo la autoridad competente para tales efectos el Ministro de Defensa.

Una vez que han sido declaradas esas modalidades de ausencia, la situación administrativa de servicio activo en que se encontraban sus afectados se mantiene, aunque con un límite temporal de dos años para el desaparecido, o incluso tan sólo por un periodo de tres meses en caso de grave peligro, momento a partir del cual se le tiene por fallecido; en el caso de reaparición, se le vuelve a dar de alta como miembro de las Fuerzas Armadas. El plazo durante el que permanezcan en dichas situaciones no corre en su contra a efectos de carácter personal en su carrera, pues se computará el mismo a efectos de evaluaciones y ascensos. Y del mismo modo, durante ese plazo se conserva su derecho a percibir las retribuciones que le correspondan por su situación administrativa y su empleo, sea prisionero de guerra o desaparecido.



## CONCLUSIONES GENERALES

Los seres humanos mantenemos relaciones de diversa índole unos con otros, si bien han evolucionado nuestros medios de comunicación, desde el empleo directo de los sentidos hasta los nuevos medios telemáticos. Muchas de esas relaciones vienen amparadas por el Derecho, lo que las convierte en relaciones jurídicas, debiendo diferenciarse entre las que son de carácter jurídico-público y las que lo son de naturaleza jurídico-privada. Esta distinción puede hacerse atendiendo tanto a un criterio objetivo, es decir a que el interés protegido sea colectivo o individual, como a otro subjetivo, en función de la posición de las partes en la propia relación jurídica.

El concepto de relación jurídica ha sido discutido por distintos autores, que coinciden en la necesidad de que concurran dos requisitos para que pueda llegar a hablarse de la misma: una relación social como elemento material y las consecuencias jurídicas que la misma ocasiona, entendidas éstas como elemento formal. Ante ello, surge la discrepancia en la doctrina acerca de cuál de estos dos requisitos adquiere mayor relevancia. Por otra parte, para que pueda existir una relación jurídica como tal es necesario que concurran tres elementos: el subjetivo, el objetivo y el causal.

Se requiere la concurrencia de sujeto activo, titular de un derecho subjetivo, y sujeto pasivo, el cual soporta el deber jurídico; ambas posturas pueden ser ocupadas por uno o varios sujetos, si bien igualmente puede ocurrir que estemos ante lo que denominamos relaciones reales, lo que implica que la condición de sujeto pasivo recae sobre el conjunto de la comunidad que soporta un deber de respeto frente a una situación de soberanía que se ha reconocido a su titular. El Derecho, como sabemos, brinda a los sujetos un amplísimo margen de decisión y actuación, lo que les permite crear y regular sus propias relaciones jurídicas, si bien es esencial destacar la importancia de las manifestaciones de voluntad de las partes, a través de lo que hemos dado en llamar “negocios jurídicos”.

Sobre esta cuestión del elemento subjetivo de toda relación jurídica es interesante, en congruencia con el objeto de nuestro trabajo, analizar si es posible la existencia de un derecho subjetivo sin sujeto. Hay autores que han entendido que con ello surge una situación interina entendida como una expectativa de derecho, frente a otros que defienden que no es posible la existencia de un derecho sin sujeto, sino que en

este caso lo que se produce realmente es la existencia de un derecho con sujeto transitoriamente indeterminado.

Asimismo, en toda relación jurídica existe un elemento objetivo, esto es la materia sobre la que recae el poder del sujeto activo, así como el deber jurídico que soporta el sujeto pasivo. El objeto no puede confundirse con el sujeto titular del derecho subjetivo, aun cuando sea posible que un derecho tenga por objeto la protección de bienes personales, como es el caso de los derechos de la personalidad. Por último, el elemento causal implica que determinados hechos jurídicos lleven a las partes a mantener entre sí una relación social, de la que se derivan unas consecuencias jurídicas.

Para ser sujeto de una relación jurídica es requisito indispensable tener capacidad jurídica, es decir la aptitud necesaria para ser titular de derechos y obligaciones. Lo que ha sido una cuestión controvertida a lo largo de la historia es precisar el momento en el que el sujeto adquiere personalidad jurídica; así, se han construido diversas teorías que hacen coincidir ese momento con la concepción, otras con la idea del nacimiento, o bien con el nacimiento unido a la concurrencia de determinadas condiciones de viabilidad del nacido, entre otras. Como es sabido y sin ir más lejos, nuestro Derecho positivo -en la actualidad y tras una reforma reciente- exige el nacimiento con vida con entero desprendimiento del claustro materno, sin necesidad de un periodo mínimo de vida autónoma. Esa misma capacidad jurídica se extingue con la muerte del sujeto, lo que implica únicamente que no pueda contraer nuevas relaciones jurídicas, pero sin extinguirse las ya existentes que no fueran personalísimas, en aras de proteger la seguridad del tráfico jurídico.

Pero la efectividad del derecho subjetivo exige, además de los mencionados elementos, la presencia del sujeto como signo de vitalidad del mismo. La falta de noticias sobre una persona puede ocasionar un desgobierno de su patrimonio y del resto de sus relaciones jurídicas, de lo que podría llegar a derivarse un perjuicio para los intereses, no sólo del mismo desaparecido, sino también de los de terceros que se relacionan jurídicamente con él. Ésa es la razón de ser de la intervención del Derecho en la situación de ausencia.

Lejos de la apariencia de sencillez en la regulación de la ausencia, se plantean en la práctica diversas complicaciones a la hora de construir ese régimen jurídico, es por lo

que la doctrina que ha venido tratando el tema en cuestión ha llegado a calificarlo como *crux iuris studiosorum*.

Una vez acreditada la necesidad de la manifestación de voluntad del sujeto de derecho, como medio para hacer efectiva la vitalidad del mismo, llegamos al estudio del complejo concepto de la ausencia, como contrapuesto al de presencia, pero marcado por su efecto principal: la incapacidad fáctica de un sujeto para actuar como titular de derechos subjetivos. Para ello haremos un recorrido histórico mediante un orden cronológico invertido, que nos permita ver que hemos llegado a regular de manera unitaria la institución de la ausencia partiendo de la existencia de meras disposiciones tradicionalmente recogidas en normas dispersas, hasta mostrar ciertos antecedentes de la figura de la ausencia en el mismísimo Derecho romano, para acabar analizando la regulación actual en el Derecho comparado; finalizaremos el estudio analizando cómo este concepto de ausencia, en su doble vertiente como incomparecencia procesal y ausencia desde la perspectiva técnica, tiene un reflejo importantísimo en el estatus del sujeto que ostenta la condición de militar.

## **1. REGULACIÓN ACTUAL DE LA AUSENCIA**

La realidad muestra un abanico de situaciones que provocan una incertidumbre jurídica en las que puede llegar a colocarse un sujeto de derecho: estas son las situaciones de su desaparición o su ausencia. La falta de presencia del sujeto de una relación jurídica le impide gobernar respecto de la misma, con lo que puede ocasionarse un perjuicio no sólo a la otra u otras partes implicadas directamente en esa relación jurídica, sino también a terceros cuyos intereses pueden verse afectados por la falta de actuación del no presente.

La definición de un concepto técnico-jurídico de ausencia no ha sido una cuestión carente de polémica, ya que en ello ha tenido mucho que ver en los últimos tiempos el desarrollo de la técnica y de los medios de comunicación, lo que ha facilitado seguir la pista a aquellos que en principio no se encuentran en el lugar en el que se les requiere para el cumplimiento de los deberes que derivan de la concreta relación jurídica que les vincula, ya se haya ocasionado esa situación de manera involuntaria o a propósito por parte del ausente.

Esa situación de falta de un sujeto de derecho puede prorrogarse en el tiempo, lo que nos permite diferenciar varias fases en función del tiempo que hubiera transcurrido en cada caso. En un primer momento, puede que la persona no sea localizada en su domicilio o lugar de su residencia habitual, pero nada más, pues no se requiere que se dude acerca de su existencia, sin embargo es necesario prever ante tal situación el cuidado de sus bienes y sus intereses mediante la figura de un defensor de los mismos, si bien limitándose su intervención a lo que sea estrictamente indispensable.

Otra de las fases en que puede derivar la situación de ausencia de una persona es aquella en la que esa situación pasa a ser declarada judicialmente, de modo que es necesario un auto y la designación de un representante del mismo con el fin de dar protección a sus intereses; finalmente procede una declaración de fallecimiento una vez concurran los requisitos exigidos por la ley, mediante el acogimiento de una teoría de presunción de muerte del ausente pero siempre admitiéndose la prueba en contrario.

Jurisprudencialmente se han planteado diversos problemas derivados de la situación de ausencia, o mejor dicho de la falta de previsiones jurídicas que dan lugar a situaciones fácticas absurdas, como es el caso de la imposibilidad de la apertura de la sucesión a la que está llamado un ausente de modo que los hijos de éste no pueden heredar a su abuelo, y ello resulta, en nuestra opinión, de los plazos excesivamente largos que deben transcurrir para que una persona sea declarada fallecida y se la repunte como tal. Este ejemplo es tan sólo una de las muestras de la problemática que resulta de las situaciones de ausencia y su falta de adaptación a la realidad de nuestro tiempo en la que tiene mucho que ver, como ya anunciábamos más arriba, el desarrollo de las nuevas tecnologías. Tal desarrollo nos ha abierto las puertas incluso a un nuevo concepto de domicilio, pues ya no sólo podemos hablar de un domicilio físico, sino también hacer efectivas ciertas notificaciones y comunicaciones a través, no ya de una dirección tradicional de correo postal, sino de una dirección a un domicilio virtual, podríamos decir, como otro de los modos de localización del ausente o de obtención de noticias del mismo.

## 2. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA AUSENCIA EN ESPAÑA

Para poder hablar de un concepto de ausencia desde una perspectiva estrictamente técnica en España es necesario esperar hasta la llegada de la codificación. En esta tarea tuvo mucho que ver el Código napoleónico, que fue la base sobre la que se apoyó nuestro Código civil en sede de ausencia, tal como lo mostró especialmente el proyecto de 1851, si bien se introdujeron rasgos propios de tendencia española y fundamentados principalmente en la reducción de los plazos para la declaración de la ausencia y en el reconocimiento de la distinción entre ausentes y desaparecidos.

Sobre la base del *Code* francés de 1804 se apoya esa idea anteriormente mencionada de distinción de diversas fases de la ausencia; así, en una primera de carácter presuntivo se adoptan medidas de carácter eventual, en una más avanzada se trata de velar por los intereses de terceros que pudieran verse afectados por la situación de ausencia ajena y finalmente se reconoce una etapa de presunción de fallecimiento del ausente. Es esta norma la que permite una visión de conjunto de la institución de la ausencia, dándole un tratamiento unitario y sin dispersión de sus consecuencias en diversas normas y disposiciones, siguiéndose esta tendencia por la legislación civil de España en un primer momento a través del proyecto de código civil del año 1851 para hacerse efectivo el ideal de regulación unitaria mediante el Código civil actual de 1889, cuya regulación ha ido evolucionando a lo largo de los años.

Estas modificaciones tuvieron su razón de ser en el elevado número de casos de ausencia como consecuencia de la Guerra Civil española (1936-1939). Modernamente, se hace necesaria una reducción de los plazos exigidos en la materia, ya que cada vez resulta más fácil la obtención de noticias de una persona, debido fundamentalmente al desarrollo de las tecnologías y los medios de comunicación social. En este sentido se ha desarrollado la última reforma del Código civil, realizada en virtud de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*. En sede de ausencia, respondiendo de manera lógica a la realidad de nuestros tiempos, se han reducido los plazos necesarios para la declaración de fallecimiento en los casos de peligro o desapariciones motivadas por accidentes.

Siguiendo con el esquema de inversión cronológica mostrado por nuestro estudio en materia de la ausencia nos detenemos en que esta necesidad de una regulación unitaria se dejó ya sentir en la Edad Media, época en la que las situaciones de ausencia fueron muy numerosas como consecuencia de las sucesivas guerras y de las peregrinaciones, pero tal objetivo no se hizo realidad. En ese momento regía una presunción de vida del ausente hasta los cien años de edad. Fueron múltiples las disposiciones recogidas en los Fueros acerca de los aspectos no sólo personales, sino también patrimoniales derivados de tales situaciones de falta de presencia de un sujeto, según que se hubiera producido por estar en campaña, haber salido de caza o con razón de cautiverio. El fin general era la protección de la esfera personal y de los bienes del ausente, reconociéndose mayores privilegios a favor de quienes se encontraban ausentes por razón de peregrinación. Ciertas previsiones se dispusieron asimismo, para normar la situación del matrimonio tras la ausencia de uno de los cónyuges, en las Decretales de Lucio III y Clemente III, siendo necesario delimitar los criterios que objetivamente servirían para dar certeza a la muerte del ausente; se evolucionó en tales consideraciones hasta llegar incluso a entrar a valorar la conducta moral del desaparecido, para con ello admitir la validez del segundo matrimonio contraído por el cónyuge presente.

Pasando a la época visigoda encontramos ante ciertas disposiciones que regulan la ausencia entendida en el sentido técnico jurídico que concebimos actualmente. Así con el Edicto de Liutprando del Siglo VIII se establecía un plazo con la finalidad de la protección del patrimonio del desaparecido, disponiendo la pérdida sobre el dominio de sus bienes si en el periodo de tres años no acreditaba justa causa de su ausencia. Por lo que se refiere a la posibilidad de contraer nuevas nupcias por parte del cónyuge presente, el Derecho germánico mostró una evolución, desde una tendencia de admisibilidad del divorcio hasta mantener una postura propia del Derecho justiniano, sobre la idea de la indisolubilidad del matrimonio.

### **3. LA AUSENCIA EN ROMA**

Tratando de investigar los orígenes y primeras manifestaciones de las situaciones de ausencia, y en concordancia con nuestro estudio cronológico a la inversa



desde nuestros días hasta tiempos remotos, llegamos a la antigua Mesopotamia, periodo en el que encontramos ciertos aspectos, en concreto en el Código de Hammurabi y las leyes de Eshnunna, que establecen ciertas previsiones en la esfera personal-matrimonial y en la patrimonial.

En el Derecho romano, sin embargo, deben diferenciarse dos tipos de ausencia: la ausencia en sentido técnico propiamente dicho y la ausencia en el proceso, entendida como incomparecencia procesal. En cuanto a esta segunda modalidad de ausencia, se trataba de garantizar la presencia de las partes -en concreto del demandado- en el proceso civil; primero en el ámbito de las acciones de la ley, después en el procedimiento formulario y finalmente en la denominada *cognitio extra ordinem*, si bien con modificaciones en cuanto a las formas en la citación al demandado.

Por lo que se refiere al Derecho penal, en la época romana se dispuso la necesidad de la comparecencia del imputado sobre la base del principio de presunción de inocencia, siendo posibles adoptar sobre el condenado unas medidas de carácter civil pero no penal; esta mentalidad ha sido una influencia decisiva en nuestro Derecho, reconociéndose esta garantía, entre otras muchas predicadas en este sentido con anterioridad por el Derecho romano, sobre la base de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído previamente.

Por lo que refiere a la ausencia en el sentido técnico-jurídico que entendemos actualmente, el Derecho romano no proporcionó una regulación unitaria de tal institución. Ahora bien, a nuestro juicio no se mostró indiferente ante la misma sino que nos dejó ciertos antecedentes de tal figura, dando soluciones concretas a problemas surgidos como consecuencia de la ausencia de una persona.

La primera manifestación la encontramos con el *ius postliminii* reconocido a favor del cautivo de guerra, pues este derecho le permitía recuperar su situación jurídica anterior en el momento de su regreso a Roma, proporcionándose al cautivo un trato diferente al del resto de los esclavos, a pesar de que la captura implicase realmente una *capitis deminutio*. Asimismo, entendemos como otra de las manifestaciones de la ausencia que nos ha proporcionado el Derecho romano la que nos permite acudir a la ficción denominada de *Lex Cornelia de captivis*, en virtud de la cual se entiende que quien ha muerto en manos del enemigo lo hace conservando el

estatus de ciudadano romano que había ostentado, admitiéndose con ello la validez de su testamento. Otra categoría de ausentes en Derecho romano, que podemos entender como otro de los verdaderos antecedentes de ausencia moderna, es la de los que no pueden personarse donde se les requiere para un asunto o negocio concreto debido a que se encuentran realizando un encargo oficial, *absentes rei publicae causa*. Junto a ellos, pueden ser tenidos por ausentes los que hayan sido víctimas de actos extra-bélicos, es decir de delincuencia común, que impliquen desaparición, pues se extiende a ellos un llamado *postliminium in pace*.

No es caprichosa esta calificación que se da a las tres situaciones, sino el resultado de que a ellas se aplicasen los mismos medios de protección patrimonial. Así, los bienes de estas personas quedaban protegidos mediante el nombramiento de representantes. No siendo ello suficiente, se crean otras medidas, como el recurso a la *Lex Hostilia*, en virtud de la cual es posible ejercitar una acción contra el que se ha apropiado de los bienes del cautivo de guerra o el ausente por encargo oficial, Cabe también el nombramiento de verdadero curador de los bienes del no presente y, finalmente, el reconocimiento de la *restitutio in integrum* para resarcir al ausente del perjuicio patrimonial que hubiera sufrido.

Desde otro punto de vista, el personal, en lo que se refiere a la validez o no de las segundas nupcias contraídas por la mujer del ausente, se observó un cambio de mentalidad, favorable al reconocimiento de la validez del segundo matrimonio mediante la necesidad de la prueba de la muerte del cautivo. Ello se veía especialmente favorecido por la libre apreciación de la prueba que caracterizaba el *officium iudicis* en el procedimiento formulario, lo que explica que no se fijasen plazos en el Derecho clásico.

#### **4. LA AUSENCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

Ante las distintas modalidades de la ausencia, o mejor dicho, las distintas fases de la misma en base al esquema mostrado por el *Code* de 1804 y acogido por nuestro Derecho, los ordenamientos jurídicos de los distintos países prevén mecanismos diferentes unos de otros; así podemos hablar de dos grandes bloques de sistemas: los de tipo continental o *civil law*, y los de tipo anglosajón o *common law*. En el primer

grupo encajan principalmente los ordenamientos jurídicos de Francia, España, Italia y Alemania, que regulan la ausencia de modo similar, sin perjuicio asimismo de importantes diferencias. Básicamente, en todos ellos se reconoce una presunción de muerte y una declaración judicial de la ausencia con el fin de regular las consecuencias derivadas de la imposibilidad de actuación de un sujeto de derecho en el momento en que es requerido para ello, pues no puede ser localizado y no se tiene de él noticia alguna.

Sin embargo, los sistemas de tipo anglosajón basan la regulación de la ausencia en presunciones que sirven como medios de prueba, siendo éstas cuestiones que se dilucidan en un procedimiento de manera incidental, es decir, al tratar de reconocer ciertos efectos jurídicos ocasionados por una situación de ausencia. Jurisprudencialmente se ha desarrollado este sistema, afinando los requisitos exigidos para poder hablar de una presunción de muerte, con el carácter de una simple presunción de hecho. Este sistema ha sido acogido por países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia.

Por último, debemos reconocer un tercer grupo de ordenamientos jurídicos en materia de ausencia, como sistemas mixtos en los que se recogen elementos de los dos tipos anteriores, el continental y el anglosajón. En este último grupo debemos incluir a Israel y a Escocia; en el caso del primero, se acoge la presunción de muerte del sistema continental pero con normas procedimentales propias del sistema anglosajón; y en el caso de Escocia, de nuevo, sobre la base de un esquema propio del sistema anglosajón se reconoce sin embargo la *presumption of death*.

## **5. LA IMPORTANCIA DE LA AUSENCIA DEL MILITAR**

Las Fuerzas Armadas desempeñan unas funciones específicas en aras a la defensa de España en aplicación de lo previsto en el artículo 8 de la Constitución española. Es por ello que las conductas que, de manera efectiva, pongan en peligro los intereses de la Institución debe ser tenidas en cuenta de manera minuciosa y enjuiciadas en el marco de una competencia estrictamente castrense. Algunas de estas conductas son de especial gravedad y deben, por tanto, ser objeto no ya de una actuación represiva de carácter administrativo sino propiamente penal. Es por ello que

surge la necesidad de reconocer a través de textos separados y diferenciados derechos especiales del ámbito castrense, el administrativo y el penal, los cuales habían quedado tradicionalmente contemplados en la misma normativa.

Muchas de estas conductas delictivas del ámbito castrense están relacionadas con el incumplimiento del deber de presencia que recae sobre todo militar en aras de hacer efectiva una permanente localización por parte del Mando y dar cumplimiento a la obligación de permanente disponibilidad para el servicio. Lo complejo en este punto es delimitar los criterios que permiten fijar los asuntos que son de la competencia de la jurisdicción militar, más aún cuando una misma conducta puede venir recogida igualmente por la norma penal común además de por el código penal especial, lo que debe resolverse atendiendo a las circunstancias en las que el hecho tiene lugar, la afectación a la eficacia de las Fuerzas Armadas o bien por la existencia de una relación de servicio. En estas actuaciones por parte de la jurisdicción militar se trata de garantizar la presencia del afectado en el procedimiento, que debe ser oído antes de ser condenado, para hacer efectivos su derecho de defensa.

Las conductas tipificadas penalmente por el código penal militar del año 1985, relacionadas con el incumplimiento del deber de presencia, podían clasificarse en abandono de destino o residencia, el delito de desertión y otra serie de quebrantamientos de dicho deber. Con carácter general, se requiere que la ausencia sea injustificada y por el plazo señalado por la ley, introduciendo un elemento subjetivo para el delito de desertión, como es la voluntad del sujeto activo de sustraerse de manera permanente al cumplimiento de sus obligaciones militares.

La necesidad de reforma en materia de justicia militar se dejó sentir a raíz de la Constitución española y se ha extendido hasta nuestros días, en que dada la expansión internacional de la función de nuestros Ejércitos y la profesionalización de sus miembros, se ha requerido de la publicación de un nuevo Código penal especial -que no excepcional-, aprobado por la Ley Orgánica 14/15, de 14 de octubre.

Las novedades más destacadas en sede de delitos relativos al incumplimiento del deber de presencia que venimos analizando han sido las siguientes: en primer lugar el legislador ha sustituido el término guerra por el de conflicto armado teniendo siempre presentes las normas del Derecho internacional humanitario y el Derecho de

los conflictos armados; en segundo lugar, se han reducido las penas máximas previstas para tales delitos. Se mantiene por el contrario el elemento del plazo de los tres días que debe prolongarse la situación de la ausencia para que la misma pueda llegar a ser constitutiva de delito; por otro lado, en concordancia con el Código del año 1985, se mantiene el elemento intencional más arriba señalado respecto del sujeto activo del delito de deserción, si bien ahora recoge expresamente las dos posibles modalidades de este delito, consistentes o bien en ausentarse o bien en no incorporarse a la Unidad, destino o lugar de residencia.

Por otro lado, es posible que ciertas conductas infractoras del deber de presencia no lleguen a ostentar tal entidad que permita que sean objeto de un procedimiento penal, sino tan sólo de carácter administrativo, en el que deben sin embargo respetarse ciertas garantías constitucionales. Ello tiende a una cierta judicialización de tales actuaciones, en aras a conseguir un pleno respeto de los derechos de defensa del expedientado. Tales conductas, constitutivas de infracciones administrativas relacionadas con la falta de presencia del militar con carácter temporal, pueden consistir en una simple falta de puntualidad, lo que afecta directamente al servicio, o en la no incorporación al destino o abandono del mismo por un plazo que no supera las veinticuatro horas, y en todo caso sin autorización ni causa de justificación concurrente. Tales faltas pueden asimismo derivar de ciertos incumplimientos del deber de residencia, debido a la localización permanente por parte de sus Mandos a que se encuentra sujeto todo militar. Por último, si el plazo de tales situaciones de incumplimiento del deber de presencia se prorroga durante un mayor intervalo de tiempo, y sin que llegue a alcanzar el exigido para la existencia de un delito, podemos encontrarnos ante una ausencia constitutiva de una falta de naturaleza disciplinaria de carácter grave.

Finalmente, resta por mencionar los estatus de desaparecido y de prisionero de guerra en el ámbito de los conflictos armados, sean de carácter interno o bien internacional. En este ámbito, ha surgido la necesidad de fijar ciertas limitaciones tendentes a la protección de las víctimas de estos conflictos y a delimitar ciertas medidas y mecanismos que no pueden emplearse en los mismos. En la práctica, han sido muchas las conductas vulneradoras de tales limitaciones, lo que ha ocasionado la necesidad de regularlas a través del denominado Derecho Internacional Humanitario. Las clasificaciones de los ausentes en este ámbito pueden ser la de desaparecidos o

prisioneros de guerra, respecto de los que el legislador ha exigido que se constate tal situación aun cuando no se trate de una ausencia en un sentido estrictamente jurídico del término; teniendo especialmente en cuenta el III Convenio de Ginebra sobre trato a prisioneros, concediéndosele un trato benévolo en caso de duda de su situación concreta. En cuanto a estas situaciones, debe reseñarse a nivel interno el recientemente publicado Real Decreto 1111/15, de 11 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales*, en el que se da una definición concreta de estas dos, podemos decir, modalidades de falta de presencia del militar, ya lo sea por haber sido aprehendido por el enemigo o bien por no poder ser localizado debido a causas imputables al cumplimiento de sus obligaciones militares. Para el reconocimiento de tales situaciones de ausencia se debe tramitar un procedimiento de carácter administrativo, recayendo la competencia en esta materia sobre el Ministro de Defensa.

Asimismo, esta norma trata de establecer ciertas previsiones acerca de las consecuencias ocasionadas por estas modalidades de ausencia, tanto en la esfera personal y de carrera de los afectados, como en sus esferas patrimoniales. Por lo que se refiere al primer aspecto, la situación administrativa de servicio activo en que se encontraban sus afectados se mantiene una vez que han sido declaradas esas modalidades de ausencia, aunque con un límite temporal de dos años para el desaparecido, o incluso tan sólo por un periodo de tres meses en caso de grave peligro, momento a partir del cual se le tiene por fallecido, previendo el supuesto de su reaparición. Asimismo, ese plazo de duración de la ausencia se computa a efectos de ascensos de los no presentes. Por último, en cuanto a lo que se refiere a la esfera patrimonial del prisionero de guerra y del desaparecido el reglamento prevé que tienen derecho a continuar percibiendo las retribuciones que les correspondan.

De este modo, rige una presunción de vida de los prisioneros de guerra y de los desaparecidos mientras se mantengan en dicha situación, si bien superado el límite razonable de los dos años para el caso del desaparecido, a partir del cual se le declara fallecido, no existe ninguna otra previsión temporal sobre cuanto tiempo debe transcurrir para reputar por fallecido al prisionero de guerra. Entendemos que en este punto, deben aplicarse las previsiones del Código civil en la materia para tiempo de campaña. Por otra parte, ya que existe un especial deber de presencia en el ámbito

militar, en nuestro Derecho, entendemos que desde un punto de vista doctrinal cabe plantear un concepto distinto de ausencia, propio del Derecho castrense, y construido en cada momento como reflejo de las exigencias que las normas administrativas y penales imponen al soldado. Las consecuencias de la ausencia militar no serían pues civiles, sino administrativas o penales en función de su gravedad.





## BIBLIOGRAFÍA

### 1. MONOGRAFÍAS Y OBRAS DE REFERENCIA

- F. ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus* (Turín 1969)
- A. ACEDO PENCO, *Derecho privado general y Derecho de la persona* (Madrid 2010)
- M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Lecciones de Derecho civil internacional* (Madrid 2006)
- M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional* (Madrid 1960)
- *Derecho Internacional privado* (Madrid 1976)
- A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *Las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 con las modificaciones de la Ley 4 de 13 de enero de 1999. Comentarios y Jurisprudencia*, 2.<sup>a</sup> ed. (Granada 1999)
- L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Derecho administrativo sancionador* (Valladolid 2010)
- M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil* (Barcelona 1996)
- *Derecho civil I. Introducción y parte general* (Barcelona 2001)
- *Derecho Civil. I. Introducción y parte general* (Madrid 2009)
- E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* (Milán 1933)
- A. ALCANÍZ RODRÍGUEZ, *Derecho Procesal Práctico-Parte Penal: Comentarios, esquemas y escritos* (Madrid 2013)
- A. ALESSANDRI, *Tratado de Derecho civil: Partes preliminar y general* (Chile 1998)
- F. ALÍA MIRANDA, *La guerra civil en retaguardia. Conflicto y revolución en la provincia de Ciudad Real 1936-1939* (Ciudad Real 1994)
- J. ALLEN, *Hostages and hostage-taking in the Roman Empire* (Cambridge 2006)

- J. ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal* (Madrid 1995)
- L. ALMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Nápoles 1950)
- J. ALMIRANTE TORROELLA, *Estudios militares. Antología* (Madrid 1943)
- M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVII)* (Salamanca 1982)
- R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Cuestiones de historia de derecho y de legislación comparada* (Madrid 1914)
- H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *El régimen jurídico del domicilio de las personas físicas* (Valladolid 2004)
- L. ÁLVAREZ ROLDÁN Y R. FORTÚN ESQUIFINO, *La ley disciplinaria militar* (Pamplona 1986)
- M. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, *La extranjería en la historia del Derecho español* (Oviedo 1991)
- A. AMORES CONRADY, *Constitución española y proceso civil internacional. Un balance* (Madrid 2005)
- J. ANDRÉS-GALLEGO, *Historia general de España y América: Revolución y Restauración (1868-1931)* (Madrid 1981)
- J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general* (Madrid 1946)
- A.ARAGONESES, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del Derecho Comparado* (Madrid 2009)
- S. ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho procesal penal* (Madrid 2004)
- M. ARAMBURU, *Filosofía del Derecho II* (Nueva York 1928)
- J. ARCE Y J.A. SÁNCHEZ-CORDERO, *Libro del cincuentenario del Código civil* (México 1978)

- F. ARCOS RAMÍREZ, *La seguridad jurídica. Una teoría formal* (Madrid 2000)
- J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano II* (Madrid 1958)
- M. ARIAS SCHREIBER, *Exégesis del Código civil peruano de 1984* (Perú 2006)
- P. ARMIJÓN Y B. NOLDE-M. WOLFF, *Traité de Droit Comparé* (París 1950)
- N. ARRANZ LARA, *Instituciones de Derecho indiano en la Nueva España* (México 2000)
- L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración. Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias* (Madrid 1851)
- M.S. ARRIBAS, *Leyes de Toro. Estudio preliminar* (Madrid 1999)
- I. ARROYO, *Curso de Derecho marítimo* (Barcelona 2001)
- L. ARROYO ZAPATERO-A. NIETO MARTÍN, *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional* (Madrid 2013)
- L. ARU-R. ORESTANO, *Sinopsis de Derecho romano* (Madrid 1964)
- T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milán 1952)
- G. ASTUTI, *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani* (Milán 1968)
- J. G. ATIENZA, *Los peregrinos del Camino de Santiago* (Madrid 2004)
- C. AUGER LIÑÁN, *La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico* (Madrid 2004)
- J. AYASTA GONZÁLEZ, *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos* (Lima 1991)
- I. AYMERICH OJEA, *Lecciones de Derecho Comparado* (Castellón de la Plana 2003)

- M. BALLBE, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)* (Madrid 1983)
- E. BALOGH, *Le role du droit comparé dans le droit international privé* (París 1937)
- J. BANCLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid 2001)
- R. BAÑÓN MARTÍNEZ-J. A. OLMEDA GÓMEZ, *Las Fuerzas Armadas en España: institucionalización y proceso de cambio (1939-1975)* (Barcelona 1985)
- *La Institución militar en el Estado contemporáneo* (Madrid 1985)
- D. BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., T. I, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo (Torino 1958)
- *Sistema de Derecho privado* (Buenos Aires 1967)
- Y. BAREL, *La ciudad medieval. Sistema social-Sistema urbano* (Madrid 1980)
- J. BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)* (Santander 1993)
- M. BARRERO GARCÍA-M.L. ALONSO MARTÍN, *Textos de derecho local español en la Edad Media. Catálogo de fueros y costumbres municipales* (Madrid 1989)
- L. BASTIDAS, *Comentarios y reparos al Proyecto de Código civil* (Caracas 1938)
- J. BATALLER GRAU-J. LOBATO DE BLAS-J. PLAZA PENADÉS-M. SOROA-SUÁREZ DE TANGIL, *Curso de Derecho privado* (Valencia 2010)
- J. BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (Argentina 1989)
- M. BECERRA RAMÍREZ, *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho interno* (México 2006)

- A. BELLUSCIO Y E. ZANNONI, *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* (Buenos Aires 1979)
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona* (Madrid 1976)
- *Comentarios al Código Civil* (Navarra 2009)
- A. BERGER, *Encyclopedic Dictioary of Roman Law* (Philadelphia 1991)
- A. M. BERMEJO CASTRILLO, *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval* (Madrid 1996)
- J. BERNI E CATALÁ, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida al tenor de las leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna* (Valencia 1759)
- H. BINSTOCK, *Studia Iuridica* (Caracas 1973)
- P. BISCARETTI DI RUFIA, *Introducción al Derecho constitucional comparado* (México 1975)
- L. BLANCO DE TELLA, *Organización y procedimientos administrativos* (Madrid 1975)
- F.P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial* (Valencia 2000)
- R. BLECUA FRAGA, *El delito de traición* (Madrid 1983)
- J. BONECASSE, *Elementos de Derecho civil, Regímenes matrimoniales y Derecho de sucesiones* (México 1946)
- F. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil* (Barcelona 1961)
- P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 1965)
- *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. Luis Bacci y Andrés Larrosa (Madrid 2002)
- R. BONINI, *Del código civile del 1865 al código civile de 1942* (Milán 1993)

- G. BORDA, *Manual de Derecho civil* (Buenos Aires 1972)
- N. BOUZA VIDAL, *Modalidades de unificación y armonización de las legislaciones en la CEE. Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo* (Madrid 1984)
- A. BRAVO Y TUDELA-J. GONZALO DE LAS CASAS, *Ley hipotecaria: comentarios, formularios y concordancias con los códigos extranjeros* (Madrid 1861)
- I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (Oxford 1990)
- B. BRUGI, s.v. *Relazione giuridica*, en *Introduzione enciclopédica alle Scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza* (Milano 1907)
- G. BUIGUES OLIVER, *Posición jurídica de la mujer en Roma: Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer* (Madrid 2014)
- J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (Barcelona 1984)
- N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *La Corte Penal Internacional* (Madrid 2002)
- E. CALDERÓN SUSÍN, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, en *Comentarios al Código Penal Militar* (coord. R. BLECUA FRAGA, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO) (Madrid 1988)
- *Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia* (Madrid 1992)
- A. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Droit humanitaire et Droits de l'homme* (Genève 1980)
- A.L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen* (Madrid 1986)
- J. CALVO-L. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, *Legislación soviética moderna: traducción directa del ruso, de los Códigos vigentes en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* (México 1947)

- F. CANALS VIDAL, *Política española: pasado y futuro* (Barcelona 1977)
- F. CAPILLA RONCERO, A.M<sup>a</sup>. LÓPEZ Y LÓPEZ, V.L. MONTÉS PEÑADÉS, E. ROCA Y TRIAS Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona* (Valencia 2003)
- H. CAPITANT, *Traité de droit civil* (París 1953)
- J. CARBONNIER, *Derecho civil* (Barcelona 1960)
- J. CARDONA LLORENS, *Los Estatutos de los Tribunales Internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?* (Madrid 2009)
- A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad* (Madrid 2011)
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho Internacional Privado* (Murcia 2002)
- J. CARRILLO COLMENERO, *Perspectivas de reformas del Código Penal Militar. Normativa reguladora del militar profesional en el Siglo XXI y otros estudios jurídicos militares, en III Jornadas sobre Asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa* (Madrid 2001)
- J.A CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado* (Madrid 1983)
- *La asistencia humanitaria en Derecho Internacional contemporáneo* (Sevilla 1997)
- *Dignidad frente a Barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después* (Madrid 1999)
- P. CASADO BURBANO, *Iniciación al Derecho constitucional militar* (Madrid 1986)
- M. CASAL PATRICIA, *Recepción del Derecho extranjero como argumento del Derecho Comparado* (Argentina 1997)
- J. CASANOVA, *Rebelión y revolución* (Madrid 1999)

- F.J. CASINOS MORA, *De hereditatis petitione: estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en Derecho romano* (Madrid 2006)
- R. CASSIN, *The Code Napoleon and the Common Law World* (Nueva York 1956)
- J.L. CASTÁN ESTEBAN, *Las ediciones de los Fueros de Teruel y Albarracín en el Siglo XVI* (Teruel 2006)
- S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El concubinato en la experiencia jurídica romana* (Madrid 2000)
- J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. Introducción y parte general. Teoría de la relación jurídica. T. I, Vol. II.* (Madrid 1987)
- J. CASTÁN TOBEÑAS-J.L. DE LOS MOZOS-P. MARÍN PÉREZ, *Derecho civil español, común y foral* (Madrid 1982)
- L. CASTRO, *Héroes y caídos. Políticas de la memoria en la España contemporánea* (Madrid 2008)
- A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002)
- *Compendio histórico del Derecho romano* (Madrid 2006)
- A. CASTRO-F. ONÍS, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes* (Madrid 1916)
- S. CAUCANAS-R. CAZALS-P. PAYEN, *Les prisonniers de guerre dans l'Histoire. Contacts entre peuples et cultures* (Toulouse 2003)
- G. CAVIGIOLI, *Derecho canónico*, trad. esp. de R. LAMAS (Madrid 1946)
- P. CERAMI, *Poder político y derecho en la Roma clásica* (Madrid 1996)
- J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid 1981)
- G. CHIRONI Y L. ABELLO, *Trattato di diritto civile* (Torino 1904)



- J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones. Adaptado a la Reforma penal de la L.O. 5/2010* (Barcelona 2011)
- A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale* (Milano 1954)
- C.M. CIPOLLA, *Historia económica de Europa. I: La Edad Media* (Barcelona 1979)
- L. CLARO SOLAR, *Lecciones de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago de Chile 1979)
- *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado* (Chile 1992)
- F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español* (Madrid 1941)
- *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral* (Madrid 1958)
- *Instituciones de Derecho civil español I* (Madrid 1959)
- T. CLEMENTE DÍAZ, *Derecho civil. Parte General* (La Habana 1983)
- M. COBO DEL ROSAL Y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* (Valencia 1984)
- A. COLIN-H. CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil* (Madrid 1941)
- M. COMELLAS AGUIRREZÁBAL, *El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales* (Madrid 2000)
- L.J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado. Introducción al Derecho Comparado* (Madrid 1981)
- G. CORNU, *Vocabulaire Juridique* (París 2002)
- H.F. CORRAL TALCIANI, *La declaración de fallecimiento* (Madrid 1991)
- V. CORTÉS DOMÍNGUEZ-V. GIMENO SENDRA-V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal civil* (Madrid 1996)
- A. COSSIO CORRAL, *Instituciones de Derecho civil I* (Madrid 1988)

- L. COTINO HUESO, *El reto de la profesionalización total de la Administración militar. Constitución y nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica* (Madrid 1998)
- *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas* (Madrid 2002)
- M. L. CUERDA ARANAU, *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal* (Valencia 1997)
- M.F. CURSI, *Captivitas e capitis deminutio. La posizionne del servus hostium tra ius civile e ius gentium, en "Iuris vincula". Scritti in onore di Mario Talamanca II* (Nápoles 2002)
- J. DAMIÁN MORENO, *El Derecho y su garantía jurisdiccional. Estudios y comentarios de Derecho Procesal* (Madrid 2009)
- P. DAVID, *Études Historiques sur la Galice et le Portugal du VI au XII siècle* (París 1947)
- E. DAVID, *Principes de droit des conflicts armés* (Bruselas 1994)
- R. DAVID Y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains* (París 1964)
- R. DAVID-J. BRIERLY, *Major legal Systems in the World today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (Londres 1978)
- J. DAZA, *Nuptiae et matrimonium* (Madrid 1978)
- *Iniciación histórica al Derecho romano* (Madrid 1990)
- F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España* (Madrid 1984)
- J. DE CHURRUCA-R. MENTXAKA, *Introducción histórica al Derecho Romano* (Bilbao 1994)
- L. DE CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil en comentario a o Código civil português* (Coimbra 1929)

- A. DE CUPIS, *I diritti della personalità* (Milano 1950)
- V. DE CURREA-LUGO, *Posibilidades y dificultades del Derecho Internacional Humanitario en el Caso Colombiano* (Valencia 2002)
- L. DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico* (Nápoles 1999)
- P. DE LA CRUZ, *Comparative Law in a Changing World* (Londres 1995)
- A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid 1991)
- C. DEL ARENAL, *El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales* (Madrid 1993)
- M. DE LASALA LLANAS, *Derecho Internacional Privado* (Madrid 1987)
- F.J. DE LEÓN VILLALBA, *Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar* (Valencia 2006)
- M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El Derecho civil en México: 1821-1871* (México 1988)
- S. DE MADARIAGA Y ROJO, *Ensayo de Historia Contemporánea* (Madrid 1978)
- I. DE OTTO PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona 1988)
- *Estudios sobre el poder judicial* (Madrid 1989)
- C. DE PISTOIA, *In Codicem* (Torino 1964)
- J. R. DE PRADA SOLAESA, *Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad* (Valencia 2011)
- F. DE QUEROL Y DE DURÁN, *Principios de Derecho Penal Militar* (Madrid 1946)
- B. DE SASSOFERRATO, *Tractatus testimoniorum* (Venecia 1569)

- A. DESDENTADO BONETE, *La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo: la experiencia del orden social* (Madrid 2004)
- E. DE SEGUSIA, *In quartum decretalium librum commentaria* (Torino 1965)
- F. DE SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado* (Barcelona 1954)
- P. DE SOUZA, *La guerra en el mundo antiguo* (Madrid 2008)
- N. DE TUDESCHI, *Commentario in quartum Decretalium librum* (Torino 1967)
- G. DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid 1983)
- J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento* (Madrid 1858)
- P. DIACONO, *Historia langobardorum* (Hannoverae 1878)
- A. DÍAZ DE MONTALVO, *Ordenanzas Reales de Castilla* (Madrid 1779)
- R. DÍAZ-LLANOS LECUONA, *Las leyes penales militares* (Madrid 1968)
- E. DÍAZ Y A. RUÍZ MIGUEL, *Filosofía Política II. Teoría del Estado* (Madrid 1996)
- M. DIESTE Y JIMÉNEZ, *Diccionario del Derecho civil aragonés* (Madrid 1869)
- J. DÍEZ DEL CORRAL, *Comentario del Código civil* (Madrid 1991)
- L. DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975* (Madrid 1977)
- *La representación en el Derecho privado* (Madrid 1979)
- I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal civil* (Madrid 2004)
- L. M.<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español* (Madrid 2004)

- *Derecho Procesal civil* (Madrid 2004)

L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Los derechos físicos de la personalidad: Derecho somático* (Madrid 1963)

- *Sistema de Derecho Civil* (Madrid 2003)

J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales* (Madrid 2003)

R. DOMINGO, *Principios de Derecho Global: Aforismos jurídicos comentados* (Navarra 2003)

CH. DOMINICE, *La mise en oeuvre du droit humanitaire*, en *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel UNESCO des droits de l'homme (París 1978)

A. D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (Pamplona 1959)

- *Derecho Privado Romano*, 10.<sup>a</sup> ed. rev. (Pamplona 2004)

X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho Romano Clásico* (Roma 1974)

E. DUBLÁN, *Legislación mexicana* (México 1886)

B. DUSI, *Instituzioni di diritto civile*, ed, revisada por M. Sarfatti (Torino 1943)

L. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil* (Barcelona 1979)

- *Tratado de Derecho civil I*, 15.<sup>a</sup> rev., trad. de la 39.<sup>a</sup> ed. alemana por B. Pérez González y J. Alguer (Barcelona 1981)

P. ESMEIN, *Droit Civil français* (París 1949)

C. FAYER, *La familia romana* (Roma 1994)

M. FENECH, *Derecho procesal penal* (Madrid 1959)

A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969)

- A. FERNÁNDEZ BARREIRO-J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano* (Madrid 1993)
- *Fundamentos de Derecho privado romano* (Madrid 2005)
- A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano* (Madrid 2008)
- F. FERNÁNDEZ DEL RIEGO, *As peregrinacións xacobeas* (Vigo 1984)
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo* (Madrid 1996)
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS-S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado* (Madrid 1996)
- F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español* (Madrid 1992)
- C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La desaparición en el nuevo Código civil de 1984* (Lima 1988)
- C. FERNÁNDEZ SESSAREGO-C. CÁRDENAS QUIRÓS, *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código civil peruano de 1984 en relación con el Código civil italiano de 1942* (Lima 1986)
- L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid 1995)
- *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia en la realidad* (Madrid 1996)
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid 1998)
- C. FERRARA, *Trattato di Diritto civile* (Roma 1921)
- *Teoría delle persone giuridiche* (Nápoles 1923)
- *L'usufrutto dei crediti nel diritto civile italiano* (Milano 1954)
- G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato* (Roma 2013)

- V. FERRERES COMELLA, *Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia* (Madrid 2009)
- A. FERRIL, *La caída del Imperio Romano. Las causas militares* (Madrid 1989)
- P. FINKELMAN, *American Legal History. Cases and Materials* (Oxford 1991)
- H. FISCHER, *Protection of Prisoners of war* (Oxford 1995)
- H. FIX ZAMUDIO, *La modernización de los estudios jurídicos comparativos* (México 1989)
- G. FONTANA, *Introduzione al diritto pubblico comparato* (Firenze 1954)
- P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en Droit* (Bruxelles 1974)
- L. J. FORTÚN, *Fueros medievales* (Pamplona 1986)
- L.J. FORTÚN-C. JUSUÉ, *Historia de Navarra. Antigüedad y Alta Edad Media* (Pamplona 1993)
- P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato* (Pavia 1957)
- J. FRÍAS CABALLERO, *Principios fundamentales de la teoría del delito en el Estado de Derecho* (San Sebastián 1990)
- L.M. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho norteamericano* (Barcelona 1988)
- A. FRIEDRICH RUDORFF, *Edicti Perpetui qui ere liqua sunt* (Lipsiae 1869)
- P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho romano* (Madrid 1978)
- J. GABALDÓN LÓPEZ, *El efecto vinculante de la doctrina legal en los recursos de casación en interés de la ley* (Madrid 2000)
- E. GACTO FERNÁNDEZ, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla* (Sevilla 1975)

- M. GALÁN LORDA, *El régimen de la propiedad en el Fuero General de Navarra, Fuero reducido y disposiciones de Cortes* (Navarra 2004)
- F. GALGANO, *Atlas de Derecho privado comparado* (Madrid 2000)
- A. GAMBARO Y A. RABELLO, *Towards a New European Ius Commune* (Jerusalén 1999)
- A. GAMBARO Y P.G. MONATERI-R. SACCO, *Comparazione giuridica* (Turín 1988)
- J. M. GARATE CÓRDOBA, *Rumbo y solera de las Ordenanzas militares* (Cádiz 1985)
- J. GARBERÍ LLOBREGAT-G. BUITRON RAMIRES, *El procedimiento administrativo sancionador* (Valencia 2001)
- A. GARCÍA ARIAS, *Los proyectos de Unidad Nacional. De la Revolución de 1868 a la República Federal y a la Segunda República* (Madrid 1961)
- P. GARCÍA BALLESTER, *Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las Fuerzas Armadas* (Madrid 1985)
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo II* (Madrid 2001)
- *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid 2006)
- L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho Español Medieval* (Sevilla 1977)
- J. C. GARCÍA FAJARDO, *700 palabras. Por un mundo más justo y solidario* (Madrid 2011)
- A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1964)
- *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1966)
- M.J. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil I. La tradición romanística* (Barcelona 1982)



- *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones* (Madrid 2000)
- R. GARCÍA GÓMEZ, *Protección jurídica de los mayores* (Madrid 2004)
- F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable* (Granada 2004)
- F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid 1852)
- F. GARCÍA GOYENA-J. AGUIRRE, *Librería de jueces, abogados y escribanos* (Madrid 1841)
- J. M. GARCÍA LABAJO, *Delito de desertión militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar* (coord. R. BLECUA FRAGA Y J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO) (Madrid 1988)
- C. GARCÍA LOZANO, *Extralimitación y negligencia profesional en acto de servicio de armas* (Madrid 1994)
- P. GARCÍA MANZANO, *Potestad sancionadora. Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (Madrid 1993)
- J. GARCÍA MARTÍN, *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España: Siglos XII-XX* (Madrid 1996)
- M.P. GARCÍA RUBIO, *Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea. La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo* (Madrid 1995)
- P.M. GARÍN, *Legislación de la Iglesia Católica. Teología, Derecho y derecho matrimonial canónico* (Bilbao 1998)
- J. V. GIMENO SENDRA, *Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional*, en *Comentarios a la legislación penal* (coord. Manuel Cobo del Rosal) (Madrid 1982)

- V. GIMENO SENDRA-V. MORENO CATENA-J. ALMAGRO NOSETE-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal* (Valencia 1982)
- M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta* (Milán 1943)
- U. GIRALDI, *Expositio Iuris Pontificii* (Roma 1830)
- V. GIUFFRÈ, *Diritto e proceso penale nell' antica Roma* (Milán 1989)
- V. GIUFFRÈ, *Repressione criminale e garanzie del cittadino* (Madrid 1996)
- *La repressione criminale nell' esperienza romana* (Nápoles 1998)
- P.G.W. GLARE, *Oxford latin dictionary* (Oxford 2012)
- J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789* (París 1979)
- A. GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano* (Santiago de Compostela 1984)
- E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal* (Barcelona 1947)
- *Derecho Procesal penal* (Madrid 1984)
- E. GÓMEZ ORBANEJA-V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (Madrid 1968)
- A. GONZÁLEZ, *Bibliografía descriptiva básica de la cultura medieval* (México 2003)
- L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Uniones aragonesas y las Cortes del Reino* (Zaragoza 1975)
- J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional privado* (Madrid 1995)
- N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Derecho privado en México. Las relaciones de tráfico jurídico interestatal* (México 2013)

- J. GONZÁLEZ PÉREZ Y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Madrid 1999)
- J. J. GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución* (Madrid 1983)
- J. GOODY, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa* (Barcelona 1986)
- J. GORDLEY, *Common law v. Civil law: una distinzione chevas comparendo* (Milán 1994)
- G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (Milán 1981)
- A. GOROVITSEFF, *Etudes de Principiologie du Droit, I, Thèorie de l'objet en Droit* (París 1928)
- J. GOTTLIEB HEINECKE, *Recitaciones del Derecho civil de Juan Heinecio traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante* (Valencia 1870)
- G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Les personnes* (París 1989)
- L. GRACIA MARTÍN, *Prólogo al Código penal y leyes penales especiales* (Zaragoza 1996)
- H. GREDIER MACHADO, *Lecciones de Derecho Civil Internacional* (Madrid 1996)
- L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester 1993)
- C. GREENWOOD, *Historical Developments and Legal Basis* (Oxford 2008)
- H. GROCIO, *Del derecho de la guerra y de la paz* (Madrid 1925)
- A. GUALLART DE VIALA, *El Derecho penal histórico de Aragón* (Zaragoza 1977)
- A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del diritto romano* (Nápoles 1959)
- *Diritto privato romano* (Nápoles 1984)

- J. GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil* (Madrid 1950)
- J. GUISÁNDEZ GÓMEZ, *Los conflictos armados internos, en Curso de Derecho Internacional Humanitario, del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Ciudad Real 1999)
- A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario del Código Civil* (Barcelona 2000)
- H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An introduction to the comparative method of legal and study research* (Cambridge 1946)
- G. HAENEL, *Lex romana Wisigothorum* (Alemania 1962)
- V. R. HENLEY, *Uniform Laws in California* (California 1951)
- F. HERNÁNDEZ GIL, *Comentarios del Código civil* (Barcelona 2000)
- L. HERRERA MENDOZA, *La disolución del matrimonio por la muerte presunta del ausente* (Caracas 1945)
- C. HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código Penal. Parte general y especial* (Madrid 1996)
- J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del pueblo de Dios* (Pamplona 1970)
- A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo* (Bologna 1999)
- J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General* (Barcelona 1990)
- I. HOLL, *Textología contrastiva, derecho comparado y traducción jurídica. Las sentencias de divorcio alemanas y españolas* (Berlín 2011)
- T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of human rights* (Oxford 2002)
- M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* (Berna 2006)
- W. HUG, *The story of comparative Law* (Harvard 1932)

- A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición: la traición en León y Castilla* (Santiago de Compostela 1971)
- A. IGLESIAS, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español* (Barcelona 1989)
- J. IGLESIAS SANTOS, *Derecho romano. Historia e Instituciones* (Barcelona 1951)
- A. J. IGLESIAS VELASCO, *Los problemas del mantenimiento internacional de la paz* (Madrid 2003)
- A. ILLESCAS RUS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona 2000)
- V. ITURRALDE SESEMA, *El precedente en el Common law* (Madrid 1995)
- J. A. JALDO RUÍZ-CABELLO, *Conflictos jurisdiccionales: doctrina en el ámbito penal y disciplinario en relación con los miembros de la Guardia Civil* (Madrid 2013)
- M. JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva* (Madrid 2006)
- P. JAMES, *Introducción al Derecho inglés* (Bogotá 1996)
- D. JARAMILLO ARBELÁEZ, *La protección del hombre en el derecho de los conflictos armados: con la nueva legislación sobre el Derecho Internacional Humanitario* (Colombia 1981)
- F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Comentarios al Código Penal Militar* (Madrid 1986)
- *Introducción al Derecho penal militar* (Madrid 1987)
- M. KASER, *Gliinizidella "cognitio extra ordinem"* (Nápoles 1976)
- *Römische Rechts quellenundangewandte Juristenmethode* (Viena 1986)
- A. KELMAN, *Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge 1987)

- H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México 1979)
- D. KENNEDY, *The methods and the politics. Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions* (Cambridge 2003)
- P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruselas 1998)
- J. KLIMA, *Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia* (Madrid 2007)
- P. KOSCHACKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. de J. Santa Cruz Tejeiro (Madrid 1955)
- J.M. LACARRA Y A.J. MARTÍN DUQUE, *Fueros de Navarra. Fueros derivados de Jaca* (Pamplona 1969)
- J.L. LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho civil* (Barcelona 1979)
- *Elementos de Derecho civil* (Madrid 1974)
- *Elementos de Derecho civilII, Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed. rev.por J. Delgado Echevarría (Madrid 2002)
- E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho* (Pamplona 1969)
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Madrid 1992)
- F. LARA PEINADO Y F. LARA GONZÁLEZ, *Los primeros Códigos de la humanidad* (Madrid 1994)
- C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil* (Madrid 2002)
- R.W. LEE, *L'étude du droit comparé en Grande-Bretagne* (París 1938)
- E. LEES, *Property Rights of persons who have disappeared* (Minnesota 1925)
- L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona 1943)

- P. LEGRAND, *Le droit comparé* (París 1999)
- *L'analyse différentielle des juriscultures* (París 1999)
- P. LEGRAND Y R. MUNDAY, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge 2003)
- O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig 1927)
- P. LEÓN, *Historia económica y social del mundo* (Madrid 1979)
- J.M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona* (Madrid 1986)
- V. LEVI, *Il método della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro* (Milán 2004)
- M.I. LIROLA DELGADO-M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: justicia "versus" impunidad* (Barcelona 2001)
- J.J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil* (Buenos Aires 1995)
- M. LO CASCIO, *Diritto penale militare* (Milán 1958)
- G. LOMBARDI, *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato* (Milán 1986)
- J. E. LONDOÑO ULLO-L. CAMILO OSORIO, *VI Seminario internacional: Derecho Internacional Humanitario, conflicto armado y tratamiento de las víctimas* (Colombia 2002)
- G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal* (Madrid 2006)
- G. LÓPEZ, *Las siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso El Nono* (Madrid 1789)
- J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal* (Argentina 2001)
- E. LÓPEZ DÍAZ, *Iniciación al Derecho* (Madrid 2006)

- A. LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa Iglesia de Santiago de Compostela* (Santiago 1900)
- F. LÓPEZ HERRERA, *Derecho de sucesiones* (Caracas 1997)
- F. LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas* (Madrid 1987)
- *Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar* (Madrid 1988)
- A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal orgánico* (Madrid 1989)
- *Comentarios a la Ley Procesal Militar* (San Sebastián 1990)
- F. LOUSTAU FERRÁN, *Introducción General* y P. CASADO BURBANO, *Visión histórica del Derecho Penal Militar español*, en *Comentarios al Código Penal Militar* (coord. R. BLECUA FRAGA Y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO) (Madrid 1988)
- F. LOZANO, *Divorcio y nuevo matrimonio* (Navarra 1971)
- M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati* (Nápoles 2001)
- D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Madrid 1996)
- A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium* (Milano 1992)
- PH. MALAURIE, *Loi uniforme et conflits de lois* (París 1967)
- J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del “nasciturus”* (Madrid 1946)
- A. MANGAS MARTÍN, *Derechos humanos y derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos armados internos* (Bilbao 1990)
- *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario* (Salamanca 1990)
- K. MANNHEIM, *Libertad, poder y planificación democrática* (México 1974)



- J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid 1856)
- J.M. MANRESA Y NAVARRO Y J. REUS Y GARCÍA, *Ley de Enjuiciamiento civil* (Madrid 1861)
- D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* (Padova 1999)
- J. L. MANZANARES, *Comentarios al Código penal* (Madrid 1996)
- F. MARIÑO MENÉNDEZ, *El Derecho internacional en los albores del Siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Madrid 2002)
- B. MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology* (Oxford 1997)
- F. J. MARTÍN, *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla* (Zaragoza 1865)
- A. MARTIN VALVERDE, *La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo* (Madrid 2004)
- J.L. MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *Comentarios al Código Penal Militar* (Madrid 1988)
- G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos* (Burgos 1982)
- C. MARTÍNEZ VALVERDE, *Constitución y organización de la Armada de Felipe V. Temas de Historia Militar* (Madrid 1983)
- J. C. MARTÍNEZ-H. DORANDEU, *Le droit et la guerre* (París 1979)
- C.E. MASCAREÑAS (Ed.), *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona 1951)
- R. MATAMOROS MARTÍNEZ, *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas* (Madrid 2000)
- U. MATTEI, *Common law* (Torino 1992)
- *Verso una tripartizione non eurocentrica del sistema giuridici* (Milán 1994)

- R. MAURACH-H. ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires 1994)
- J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil* (París 1955)
- J.E. MEDINA PABÓN, *Derecho civil: Aproximación al Derecho. Derecho de personas* (Argentina 2010)
- A. MEHREN-J. GORDLEY, *The Civil Law System* (Boston 1977)
- G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica* (Nápoles 2006)
- R. MÉNDEZ SILVA, *Elementos de derecho internacional humanitario* (México 2001)
- L. MENDIZÁBAL Y MARTÍN, *Elementos de Derecho natural II* (Zaragoza 1904)
- J.H. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica* (México 1971)
- G. MESSINA, *Sui cosiddetti diritti potestativi*, en *Scritti giuridici V* (Milano 1948)
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale I* (Milano 1957)
- *Manual de Derecho civil y comercial* (Buenos Aires 1979)
- J. F. MESTRE DELGADO, *Sanciones administrativas*, en *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid 2005)
- E.A. MEYER, *Legitimacy and Law in the Roman world: Tabulae in Roman Belief and Practice* (Cambridge 2004)
- A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado* (Madrid 1985)
- A. MILLÁN GARRIDO, *Competencia y Organización de la jurisdicción militar* (Madrid 1987)
- *Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil* (Madrid 1993)
- *Falta grave de ausencia arbitraria*, en *Comentarios a la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil* (coord. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto) (Madrid 1996)

- S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* (Barcelona 1998)
- L.M. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio* (Argentina 2006)
- M. MOHLO, *El Fuero de Jaca* (Zaragoza 1964)
- L. MOISSET DE ESPANÉS, *Ausencia y desaparición* (Buenos Aires 1975)
- TH. MOMMSEN, *Derecho penal romano* (Pamplona 1999)
- E. MONTANOS FERRÍN, *La familia en la Alta Edad Media* (Pamplona 1980)
- J. MONTES, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid 1917)
- A. MONTESINOS GARCÍA, *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal* (Madrid 2009)
- M. MONTORO PUERTO, *La infracción administrativa* (Barcelona 1965)
- C. MORALES GUILLÉN, *Código de familia* (Bolivia 1990)
- R. MORALES HERVIAS, *La irrevocabilidad del poder. A propósito de una confusión entre contrato de mandato y representación* (Perú 2006)
- A. MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra* (Pamplona 1884)
- G.M. MORÁN, *Los laberintos de la identidad política. Religión, nacionalismo, derecho y el legado de las culturas imaginadas de Europa. Del cristianismo como identidad cívica a la génesis de la identidad Nacional* (Madrid 2015)
- V. MORENO CATENA-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal penal* (Valencia 2005)
- *Derecho Procesal Penal* (Valencia 2011)
- B. MORENO QUESADA, *Localización jurídica de la persona* (Madrid 2008)
- J.M. MUÑOZ ALONSO, *Derecho Administrativo militar* (Madrid 1989)

- F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal* (Barcelona 1975)
- F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general* (Valencia 1998)
- F.J. MUÑOZ JIMÉNEZ Y M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil* (Paris 1935)  
*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona 2000)
- T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas* (Madrid 1972)
- J.L. MURGA, *Derecho romano clásico, II. El proceso* (Zaragoza 1983)  
 - *Derecho romano clásico II. El proceso* (Zaragoza 1989)
- L. MURILLO DE LA CUEVA, *El Derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid 1990)
- C. NANI, *Storia del Diritto privato italiano* (Milán 1972)
- P. T. NEVADO MORENO, *La función pública militar* (Madrid 1997)
- A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid 1994)  
 - *Derecho Administrativo sancionador* (Madrid 2005)
- J. M. NIEVA, *Decretos de la Reina Nuestra Señora Doña Isabel II* (Madrid 1835)
- C.S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona 1997)
- J.J. NOAIN IRISARRI, *Nobleza media y transmisión del patrimonio en la Navarra Moderna* (Navarra 2004)
- R. NÚÑEZ BARBERO, *Derecho penal militar y Derecho penal común. Problemas actuales de Derecho penal y procesal* (Salamanca 1971)
- J. NÚÑEZ DE PRADO, *Estudio sobre el Derecho Militar* (Madrid 1884)
- M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988)

- *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea* (Oviedo 2000)
  
- X. O'CALLAGAHN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen* (Madrid 1991)
  
- *Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo* (Madrid 2001)
  
- *Código Civil comentado con jurisprudencia* (Madrid 2003)
  
- O.E. OCHOA, *Derecho civil I: personas* (Venezuela 2006)
  
- G.O'DONNELL, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización* (Buenos Aires 1997)
  
- T. OGÁYAR Y AYLLÓN, *La ausencia en Derecho sustantivo y adjetivo* (Madrid 1936)
  
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Madrid 1985)
  
- M. OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales* (Madrid 2008)
  
- E. ORDUÑO REBOLLO, *Municipios y provincias. Historia de la Organización territorial española* (Madrid 2003)
  
- R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano* (Milán 1951)
  
- E. ORIHUELA CALATAYUD, *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos. El control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados* (Madrid 1998)
  
- R. ORLANDO BANDINELLA, *Summa Magistri Rolandi* (Alemania 1962)
  
- M. PACHECO GÓMEZ, *Los derechos humanos* (Chile 2000)
  
- N. PALAZZOLO, *Processo civile e política giudiziaria nel principato* (Torino 1980)

- M.A. PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil, Derecho Privado, Derecho de la persona* (Madrid 2008)
- A. PAU PEDRÓN, *Estructura y fuentes del Derecho Civil español* (Madrid, 1997)
- J.E. PECES MORATE, *Valor de la jurisprudencia* (Madrid 2001)
- J. M. PEÑARRUBIA IZA, *Presupuestos constitucionales de la Función Pública* (Madrid 2000)
- H. PÉREZ CANO DÍAZ, *Tratados Internacionales en el orden jurídico mexicano* (México 2007)
- L.B. PÉREZ GALLARDO, *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica* (Zaragoza 2009)
- B. PÉREZ GONZÁLEZ-B. ALGUER, *Tratado de Derecho civil* (Barcelona 1943)
- *Tratado de Derecho civil* (Barcelona 1981)
- A. E. PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y Derecho* (Barcelona 1996)
- A. PÉREZ MARTÍN, *El derecho procesal del “ius commune” en España* (Murcia 1999)
- J. L. PÉREZ-SERRABONA, *El estatuto profesional del militar del Siglo XXI* (Granada 2002)
- B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium* (Granada 2008)
- *Absentia: del factum al ius*, en P. RESINA SOLA (Ed.), *Fvndamenta Ivris. Terminología, principios e interpretatio* (Almería 2012)
- M. PERTEGÁS, *Recognition and Enforcement of Judgments in Family and Succession Matters* (Padua 2008)
- A. PERTILE, *Storia del Diritto italiano* (Milano 1894)

- J.L. PIÑAR MAÑAS Y A. CANALES GIL, *Legislación de protección de datos* (Madrid 2008)
- H. PIRENNE, *De la méthode comparative en histoire* (Bruselas 1923)
- A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado* (Barcelona 1987)
- M. PLANIOL, *Traité de Droit civil* (París 1911)
- *Traité élémentaire de droit civil* (París 1915)
- M. PLANIOL Y G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français* (París 1952)
- *Tratado elemental de Derecho civil* (México 1983)
- G. PLUGIESE, *Processo civile romano II, Il processo formulare* (Milán 1963)
- V. POCAR, *Guida al diritto contemporáneo* (Roma 2002)
- F. POLLOCK, *Le droit comparé. Prolégomènes de son histoire*, en *Procès Verbaux du Congrès International de Droit Comparé de 1900* (París 1905)
- N. POU RIVAS, *Código de Justicia Militar* (Madrid 1927)
- R. POUND, *El espíritu del common law* (Barcelona 1954)
- G. PRIORI POSADA, *Código civil comentado* (Perú 2003)
- A. PROCIDA MIRABELLI, *Il metodo comparativo* (Turín 2000)
- F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. V, Vol. 1 (Madrid 1957)
- F. QUEROL Y DURÁN, *Principios de Derecho Militar Español* (Madrid 1946)
- M. RÁBAGO, *Codificación en Derecho Internacional privado en México* (México 2006)
- M. RAMÍREZ NECOCHEA, *Curso de Derecho Internacional Privado chileno* (Santiago 1990)

- C. RAMÓN CHORNET, *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados* (Valencia 2002)
- J. M. RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes* (Salamanca 1956)
- J. RAMOS PRIETO, *El comercio electrónico y el IVA: problemas del régimen de las operaciones realizadas por vía electrónica* (Sevilla 2011)
- J. RAPOSO ARCEO-L. MUIÑO FIDALGO, *La protección jurídica del Camino de Santiago*, en *Estudios jurídicos sobre el Camino de Santiago* (Santiago de Compostela 1994)
- J. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico penal* (Lima 2006)
- L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales y protección de datos* (Madrid 2004)
- M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública* (Madrid 1989)
- L. RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho por Giorgio Del Vecchio I* (Barcelona 1935)
- F. REDONDO DÍAZ, *Las reales Ordenanzas de Carlos III*, en *Actas del IV Congreso de Historia Militar, Guerra y milicia en la España del X Conde de Aranda* (Zaragoza 2003)
- A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum* (Antverpiae 1755)
- J. L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial* (Madrid 1989)
- P. RESIGNO, *L’assenza e la dichiarazione di morte presunta* (Turín 1982)
- *Manuale del diritto privato italiano* (Nápoles 1984)
- S. RIPOL CARULA, *La respuesta desde el Sistema universal de los derechos humanos a las violaciones graves de derechos y libertades fundamentales* (Bilbao 2002)



- O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente e nulo en Derecho romano* (Milán 1973)
- *Il consenso matrimoniale presso i romani* (Perugia 1980)
- J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Deserción* (Barcelona 1955)
- *Derecho penal militar y Derecho penal común* (Valladolid 1961)
- *Derecho penal español* (Madrid 1969)
- *Derecho Penal español. Parte General* (Madrid 1981)
- *Derecho Penal español* (Madrid 1988)
- M. RODRÍGUEZ GIL, *Las estructuras procesales en el Fuero de Cuenca, en Espacios y Fueros en Castilla-La Mancha (Siglos XI-XV)* (Madrid 1995)
- J. RODRÍGUEZ OLAZÁBAL, *La administración de justicia en la Guerra civil* (Valencia 1996)
- J. ROJAS CARO, *Derecho Procesal Penal Militar* (Barcelona 1991)
- M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia* (Sevilla 1949)
- C. RUEDA FERNÁNDEZ, *Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?* (Madrid 2000)
- *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional* (Barcelona 2001)
- E. RUÍZ VADILLO, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid 1998)
- P. SAAVEDRA GALLO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Valladolid 2000)
- R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato* (Turín 1992)
- P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution Française 1789-1804* (París 1971)

- J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España* (Jaén 2004)
- R. SALAS LARRAZABAL, *Las Reales Ordenanzas en Las Fuerzas Armadas españolas. Historia institucional y social* (coord. M. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA Y M. ALONSO BAQUER) (Madrid 1986)
- R. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino* (Buenos Aires 1964)
- C. SAMARES ARA, *La tutela del rebelde en el proceso civil* (Barcelona 1993)
- F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos*, en *Estudios jurídicos en Homenaje a U. Álvarez Suárez* (Madrid 1978)
- J. SAMTLEBEN, *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado* (Madrid 1993)
- T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum* (Venecia 1737)
- L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo español* (Madrid 1984)
- R. SÁNCHEZ FERRIZ, *El estado constitucional y su sistema de fuentes* (Valencia 2000)
- E. SÁNCHEZ GUZMÁN, *Comentarios a las leyes procesales militares. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril Procesal Militar* (Madrid 1995)
- M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* (Madrid 2000)
- F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y Cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las Leyes civiles generales, las especialidades de las Legislaciones forales, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil II* (Madrid 1889-1890)
- *La codificación civil en España, en sus dos periodos de preparación y consumación* (Madrid 1890)
  - *Estudios de Derecho Civil y el Código civil e Historia general de la Legislación española* (Madrid 1911)

- Y. SANDOZ, C. SWINARSKY Y B. ZIMMERMANN, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)* (Colombia 2001)
- J. SANOJO, *Instituciones de Derecho civil Venezolano* (Caracas 1873)
- B. SANTALUCÍA, *Derecho penal romano* (Madrid 1990)
- J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid 2001)
- L. SANTONIA, *Normas de Derecho Civil Internacional sobre donaciones y sucesiones* (Jaén 1977)
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile* (Nápoles 1981)
- F. SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional* (Madrid 1985)
- R. SARAZÁ JIMENA, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen* (Pamplona 1995)
- P. SARCEVIC, *Global Unification: Problems of Realization* (Bruselas 1989)
- E. C. SARRABAYROUSE, *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración*, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?* (coord. J. P. MONTIEL) (Madrid 2012)
- W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute* (Oxford 2010)
- F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960)
- F. SCHUPFER, *Il Diritto privato dei popoli germanici* (Roma 1923)
- L.F. SERRANO, *Código de Procedimiento civil* (Bogotá 1989)

- J. M. SERRANO ALBERCA, *Comentario al artículo 117.5*, en *Comentarios a la Constitución* (coord. F. GARRIDO FALLA) (Madrid 1985)
- J.M. SERRANO ALBERCA y E. ARNALDO ALCUBILLA, *Comentarios a la Constitución* (Madrid 2001)
- I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia en el Derecho español* (Madrid 1943)
- L. SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971)
- V. SIRAGO, *Galla placidia e la trasformazione política del Occidente* (Lovaina 1961)
- E. SOLANO CAMÓN, *Aspectos en torno a la jurisdicción militar en la España de los Austrias*, en *Instituciones de la España Moderna* (coord. E. MARTÍNEZ RUÍZ-M. DE PAZZIS PI CORRALES) (Madrid 1996)
- S. SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii*, en *Scritti di Diritto Romano IV* (Nápoles 1963)
- M. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio* (Santiago de Chile 1961)
- *Evolución del Código civil chileno* (Bogotá 1983)
- J.M. SOTO, *El matrimonio “in fieri” en la doctrina de S. Ambrosio y S. Juan Crisostomo. Estudio comparativo* (Roma 1976)
- B. SOUSA SANTOS, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado* (Madrid 1999)
- C. STOETZER, *El pensamiento político en la América española durante el periodo de la Emancipación 1789-1825* (Madrid 1966)
- J. SUAY RINCÓN, *La potestad disciplinaria* (Madrid 1989)
- I. SUBIZA PÉREZ, *La Protección de datos y sus mundos* (Pamplona 2009)
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990)
- *La prueba y medios de prueba*, en VV.AA., *Derecho penal. De Roma al Derecho moderno* (Madrid 2000)

- J.M. TAMARIT SUMALLA, *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal* (Barcelona 2010)
- A. TARUFFO, *Giudici e diritto straniero. La prattica del diritto comparato* (Bologna 2009)
- E.P. THOMPSON, *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe* (Cambridge 1976)
- F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1983)
- *Códigos y Constituciones 1808-1978* (Madrid 1989)
- A. TORRENT, *El Derecho penal. De Roma al Derecho actual* (Madrid 2005)
- A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale de Diritto privato* (Milano 1985)
- D. TRUCHET, *Les définitions législatives. La confection de la loi* (París 2005)
- O.UMOZURIKE, *La protección de las víctimas de los conflictos armados. La población civil en las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario* (Madrid 1990)
- J.J. URBINA, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (Valencia 2000)
- J. VALDEÓN BARUQUE, *Aspectos de la vida cotidiana en la Castilla de fines de la Edad Media* (Madrid 1998)
- E. VALIÑA SANPEDRO, *El Camino de Santiago. Estudio histórico-jurídico* (Lugo 1971)
- H. VALLADAO, *Private International Law, Uniform Law and Comparative Law* (Holanda 1961)
- J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio* (Madrid 1951)
- C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español* (Valladolid 1909)

- J.H.A. VAN LOON, *The increasing significance of international cooperation for the unification of private international law. Forty years on the evolution of postwar private international law in Europe* (Amsterdam 1990)
- L. VÁZQUEZ DE PARGA-J.M. LACARRA-J. URÍA RÍU, *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela* (Pamplona 1993)
- C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil* (Madrid 1988)
- V. VEIT, *Historia de Alemania* (Buenos Aires 1947)
- O. VÉJAR VÁZQUEZ, *Autonomía del Derecho militar* (México 1948)
- R. VERDERA SERVER, *Derecho de personas* (Navarra 2010)
- J. VERGER GRAU, *La rebeldía en el proceso civil* (Barcelona 1989)
- *La defensa del imputado y el principio acusatorio* (Barcelona 1994)
- J. VIANA RAZOLA, *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (Madrid 1829)
- A.VILDÓSOLA FUENZALIDA, *El Nuevo Código civil italiano* (Santiago de Chile 1959)
- M.VIRGÓS Y F. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional* (Madrid 2000)
- E. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulteri*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante II* (Milán 1930)
- *La conception du mariage'apre les juristes romaines* (Padua 1940)
- *In iustum matrimonium*, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo II* (Milán 1972)
- *Instituciones de Derecho privado romano* (Madrid 1986)
- R. VON BOLOGNA, *Summa Decretorum* (Alemania 1963)

- O. VON GIERKE, *Deutsches, Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Leipzig 1895)
- M. WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?* (Bruselas 1963)
- A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law* (Athens 1993)
- F. WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp. de F. Fernández Jardón (Madrid 1957)
- J. WIGMORE, *A panorama of the World's Legal Systems* (Minnesota 1928)
- *Evidence in Trials at Common Law* (Boston 1981)
- J.A. XIOL RÍOS, *El valor vinculante de la jurisprudencia. Jurisprudencia civil 2005-2007* (Madrid 2008)
- *Notas sobre la jurisprudencia. El carácter vinculante de la jurisprudencia* (Madrid 2009)
- J.A. YÁÑEZ-BARNUEVO, *El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como institución* (Madrid 2000)
- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (Roma 2013)
- E.R. ZAFFARONI, *Dimensión política de un poder judicial democrático* (Buenos Aires 1992)
- A. ZAYAS, *The United Nations and the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Berlin 1997)
- R. ZORRAQUIN BECÚ, *Historia del Derecho argentino* (Buenos Aires 1978)
- J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte general* (Valencia 2004)
- E. ZULETA PUCEIRO, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho. Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil* (Madrid 1997)

K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (Oxford 1992)

## 2. ARTÍCULOS DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS

Y. ALARCÓN PALACIO, *Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación*, en *Revista de Derecho, Universidad del Norte* (2005) pp. 2 ss.

J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *La lucha contra el terrorismo internacional a la luz del 11-S: de la zanahoria al palo*, en *Agenda Internacional* 19 (2003) pp. 206 ss.

G. H. ALDRICH, *Editorial Comments: The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, en *American Journal of International Law* 96 (2002) pp. 893 ss.

D. ÁLVAREZ PÉREZ-SOSTOA, *El confinamiento de los prisioneros de guerra y rehenes en la Roma republicana*, en *Veleila* 26 (2009) pp. 153 ss.

K. AMBOS, *¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente*, en *Persona y Derecho* 68 (2013) pp. 18 ss.

K. AMBOS-S. WIRTH, *The current law of crimes against humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, en *Criminal Law Forum* 13 (2002) pp. 6 ss.

F.J. ANDRÉS SANTOS, *Reflexiones romanistas en torno al bicentenario del Código civil francés*, en *SCDR*. 16 (2004) pp. 257 ss.

T. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio: realidad y utilización*, en *RDPr*. 2 (1996) pp. 270 ss.

L. BAUDOUIN, *The influence of the Code Napoleon*, en *Tulane Law Review* 33 (1958) pp. 21 ss.



- A. BELTRÁN NUÑEZ Y B. EGIDO TRILLO-FIGUEROA, *Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 8/1980, de 6 de noviembre de reforma del Código de justicia militar*, en *RE*. 513 (1982) pp. 59 ss.
- A. BISCARDI, *Su la litis contestatio du procès criminel*, en *RIDA*. 7 (1960) pp. 307 ss.
- B. BLAGOJEVIC, *Le droit comparé: méthode ou science*, en *RIDC*. 4 (1953) pp. 649 ss.
- F. BLAY VILLASANTE, *Privilegios y limitaciones en las Leyes sancionadoras militares*, en *REDM*. 55 (1990) pp. 37 ss.
- J. BOADA I GRAU-R. DE DIEGO VALLEJO-E. AGULLÓ TOMÁS-M.A. MAÑAS RODRÍGUEZ, *El absentismo laboral como conseqüente de variables organizacionales*, en *Psicothema* 17 (2005) pp. 212 ss.
- J.E. BOND, *Internal conflict and article Three of the Geneva Conventions*, en *Denver Law Journal* 2 (1971) pp. 270 ss.
- A. BORRAS RODRÍGUEZ, *Hacia la supresión del exequatur en Europa. Cooperación jurídica internacional en materia civil*, en *CDJ*. 4 (2001) pp. 28 ss.
- P. BRETTON, *Le problème des méthodes et moyens de guerre u de combattants les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 août de 1949*, en *RGDIP*. 82 (1991) pp. 32 ss.
- J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en Derecho clásico*, en *SDHI*. 26 (1960) pp. 190 ss.
- R. CABRILLAC, *El Derecho civil francés desde el Código civil*, en *RD*. 2 (2009) pp. 65 ss.
- E. CALDERÓN SUSÍN, *En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar*, en *REDM*. 53 (1989) pp. 81 ss.
- A.L. CALVO CARAVACA, *El Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, en *RCDIP*. 2 (2003) pp. 277 ss.

- M<sup>a</sup>. C. CALVO SÁNCHEZ, *Selección de Jueces y Magistrados*, en *Actualidad jurídica Aranzadi* 197 (1995) pp. 2 ss.
- T. CANO CAMPOS, *Derecho Administrativo sancionador*, en *REDC*. 43 (1995) pp. 339 ss.
- A. CANO MATA, *Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas*, en *RAP*. 119 (1989) pp. 201 ss.
- J.L. CANO PERUCHA, *Los Bandos penales militares*, en *ADP*. 36 (1983) pp. 311 ss.
- F. CARAZONY, *La ausencia en el Registro de la Propiedad*, en *RCDI*. 561 (1940) pp. 458 ss.
- J.L. CARRIERE, *The Rights of the living dead: absent persons in the civil law*, en *LLR*. 50 (1990) pp. 901 ss.
- G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. Cura minorum e restituito in integrum*, en *BIDR*. 75 (1972) pp. 284 ss.
- S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *La ausencia en el derecho histórico español*, en *AHDE*. 53 (1983) pp. 290 ss.
- H. CORRAL TALCIANI, *La declaración de muerte presunta en el Derecho matrimonial canónico*, en *Ius Canonicum* 80 (2000) pp. 451 ss.
- F. DE CASTRO Y BRAVO, *Remuneración del representante legítimo del ausente*, en *ADC*. 56 (1948) pp. 100 ss.
- A. DE COSSÍO, *Teoría general de la ausencia*, en *RDP*. 300 (febrero 1942) p. 86.
- D. DE FIGUEIRIDO, *Consideraciones sobre la participación en el Derecho Comparado Brasil-España*, en *RAP*. 152 (2002) pp. 73 ss.
- L. E. DELGADO DEL RINCÓN, *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial*, en *RPJ*. 61 (2001) pp. 13 ss.

- A. DE MIGUEL ASENSIO, *La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado*, en *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (1955) pp. 41 ss.
- N.V. DEMLEITER, *Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Challenge in Comparative Law*, en *TAJCL*. 653 (1998) pp. 647 ss.
- I. DE OTTO, *El mando supremo de las Fuerzas Armadas*, en *REDC*. 23 (1988) pp. 39 ss.
- S. DI PAOLA, *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania* 2 (1947-1948) pp. 253 ss.
- K. DÖRMANN, *The legal situation of Unlawful/Unprivileged combatants*, en *RICR*. 849 (2003) pp. 45 ss.
- A. D'ORS-P. FUENTESECA, *"Postliminium in pace"*, en *RFDUC*. 8-11 (1942) pp. 199 ss.
- Origen y perfiles clásicos del "postliminium"*, en *AHDE*. 21-22 (1952) pp. 300 ss.
- D. ERIC, *Introduction au droit international humanitaire*, en *Collegium* 21 (2001) pp. 16 ss.
- L. FARIÑA BUSTO, *Sobre las situaciones militares*, en *REDM*. 39 (1982) pp. 107 ss.
- A. L. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *El mandato de unificación jurídica y la Constitución española*, en *REHJ*. 34 (2012) pp. 167 ss.
- D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana*, en *AJEE*. 27 (1994) pp. 73 ss.
- *¿Cambio de paradigma en la Codificación interamericana del Derecho Internacional Privado?*, en *RMDIPC*. 14 (2003) pp. 170 ss.
- A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Democracia griega y República romana: la cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el Derecho europeo*, en

*Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña* 13 (2009) pp. 165 ss.

F. FERNÁNDEZ BASTARRECHE, *El Ejército Español en el Siglo XIX: aspectos sociales y económicos*, en *RHM*. 50 (1981) pp. 69 ss.

- *El servicio militar en la España del Siglo XIX: una epidemia de los tiempos contemporáneos*, en *Historia* 140 (1987) pp. 27 ss.

C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional*, en *REDI*. 2 (1992) pp. 13 ss.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho Internacional privado por los jueces españoles*, en *Cuadernos de Derecho judicial I* (1997) pp. 59 ss.

- *Coordinación de ordenamientos jurídicos y problemas de adaptación*, en *RMDIPC*. 25 (2009) pp. 21 ss.

F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional. La problemática del artículo 117.5 de nuestra Constitución*, en *RDPb*. 88 (1982) pp. 546 ss.

- *La reforma del ámbito competencial de la Jurisdicción Militar*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991) pp. 116 ss.

- *El nuevo Régimen disciplinario militar. Reflexiones en torno a la obra “Comentarios a la ley Disciplinaria en las Fuerzas Armadas”*, en *REDM*. 76 (2000) pp. 126 ss.

G. FINAZZI, *Ancora in margine all’edito “de negotiis gestis”*, en *BIDR*. 40-41 (1998-1999) pp. 755 ss.

J. FITZPATRICK, *Speaking Law to Power: The War against Terrorism and Human Rights*, en *EJIL*. 14 (2003) pp. 254 ss.

P. FLETCHER, *Comparative Law as Subversive Discipline*, en *TAJCL*. 46 (1998) pp. 683 ss.

- R. FORTÚN ESQUIFINO, *Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley Disciplinaria militar*, en *RGD*. 512 (1987) pp. 2480 ss.
- P. FRANCESCAKIS, *Une lecture de meureé fondamentale: les Régles générales des conflits de lois de Jacques Maury*, en *RCDIP*. 71 (1982) pp. 3 ss.
- I. GALINDO GARFIAS, *Representación, mandato y poder*, en *RDP*. 1 (2002) pp. 13 ss.
- J. M. GARATE CÓRDOBA, *Don Antonio Oliver Sacasa, autor de las Sabias Ordenanzas*, en *RHM*. 45 (1978) pp. 95 ss.
- J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Principio “non bis in ídem” y cuestiones de prejudicialidad. Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, en *CDJ*. 11 (1997) pp. 86 ss.
- P. GARCÍA BALLESTER, *Los principios de la disciplina en el Derecho disciplinario militar comparado*, en *REDM*. 37 (1979) pp. 109 ss.
- S. GARCÍA CANO, *Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho Internacional privado*, en *BMDC*. 112 (2005) pp. 75 ss.
- G. GARCÍA CANTERO, *Ruta jacobea, Jus Commune y Jus Europeum*, en *RDUNED*. 7 (2010) pp. 307 ss.
- A. GARCÍA GALLO, *Aportación al estudio de los fueros*, en *AHDE*. 26 (1956) pp. 390 ss.
- M. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano*, en *AHDE*. 27-28 (1957-1958) pp. 338 ss.
- G. GARCÍA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en *RDP*. 28 (1944) pp. 772 ss.
- M. GHIRARDI Y A. IRIGOYEN LÓPEZ, *El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica*, en *Revista de Indias* 246 (2009) pp. 241 ss.

- R. GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el derecho medieval español*, en *AHDE*. 189 (1947) pp. 45 ss.
- N. GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español*, en *CDP*. 5 (1998) pp. 191 ss.
- N. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, *La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España*, en *REDM*. 38 (1979) pp. 61 ss.
- H. GONZÁLEZ PACHECO, *La pena en el fuero de guerra*, en *Boletín jurídico militar* 7-8 (1955) pp. 315 ss.
- D.R. GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, en *RDUNED*. 12 (2013) pp. 885 ss.
- A. C. GUTTERIDGE, *The Geneva Conventions of 1949*, en *The British Yearbook of International Law* 26 (1949) pp. 294 ss.
- S. HARRISON, *Skull Trophies of the Pacific War: transgressive objects of remembrance*, en *Journal of the Royal Anthropological Institute* 12 (2006) pp. 818 ss.
- M. HERNÁNDEZ TEJERO, *Aproximación histórica al origen del ius postliminii*, en *Revista de Historia Antigua* 7 (1989) pp. 53 ss.
- J. HLADIK, *The Review Process of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its impact on International Humanitarian Law*, en *Yearbook of International Humanitarian Law* 1(1998) pp. 313 ss.
- W. HUG, *The history of comparative law*, en *HLR*.45 (1931) pp. 1027 ss.
- C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna*, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* 14 (1999) pp. 74 ss.

- J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, en *REDM*. 77 (2001) pp. 445 ss.
- F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar*, en *RGD*. 493 (1985) pp. 3220 ss.
- A. JORDÀ FERNÁNDEZ, *El terminis de la prescripció en el dret històric català. Anàlisi comparada ambal tres règims jurídics (Castella, València, Aragó)*, en *Revista de Dret Històric Català* 3 (2004) pp. 25 ss.
- O. KAHN-FREUND, *Comparative Law as an Academic Subject*, en *TLQR*. 82 (1966) pp. 40 ss.
- F. KALSHOVEN, *Imparcialidad y neutralidad en el derecho humanitario y en la práctica*, en *RICR*. 96 (1989) pp. 548 SS.
- W.J. KAMBA, *Comparative Law: a theoretical framework*, en *ICLQ*. 23 (1972) pp. 485 ss.
- M. KASER, *Zur Geschichte der capitis deminutio*, en *IVRA*. 3 (1952) pp. 48 ss.
- P. LABAND, *Los efectos jurídicos de la gestión representativa*, en *ADC*. 21 (1978) pp. 489 ss.
- J. L. LACRUZ VERDEJO, *Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil*, en *RCDI*. 501 (1974) pp.
- P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, en *RC*. 155 (1977) pp. 266 ss.
- C. LAMARCA PÉREZ, *Formación histórica y significado político de la legalidad penal*, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 2 (1987) pp. 35 ss.
- P. LERNER, *El Código civil italiano de 1942 y las reformas al Código civil argentino*, en *BMDC*. 103 (2002) pp. 167 ss.
- D. LÓPEZ GARRIDO, *La posición constitucional de las Fuerzas Armadas*, en *RAP*. 100-102 (1983) pp. 952 ss.

- L.M. LÓPEZ HUGUET, *El domicilio de las personas jurídicas: Evolución desde el Derecho romano y su significado actual*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* 6 (2008) pp. 69 ss.
- J. D. J. LÓPEZ MONROY, *El Código civil de Napoleón y los derechos humanos*, en *RDP*. 13 (2006) pp. 81 ss.
- J. LÓPEZ ORTIZ, *El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica*, en *AHDE*. 14 (1942-1943) pp. 195 ss.
- M. LÓPEZ-REY Y ARROJO, *Análisis político criminal del proyecto oficial de Código penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 34 (1980) pp. 320 ss.
- H. MANN, *International Law and the Child Soldier*, en *International and Comparative Law Quarterly* 36 (1987) pp. 38 ss.
- E. B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delinciente*, en *La Ley Penal* 58 (2009) pp. 44 ss.
- A. MARÍN LÓPEZ, *Unificación del Derecho privado material y unificación del Derecho internacional privado*, en *RDEA*. 18 (1967) pp. 23 ss.
- L.G., MARINONI, *Aproximación crítica entre las jurisdicciones del civil law y del common law y la necesidad de respeto a los precedentes*, en *RUDP*. 2 (2012) pp. 1013 ss.
- M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 26 (1957) pp. 177 ss.
- J. L. MARTÍN DELPÓN, *La supresión del servicio militar obligatorio como factor criminológico y su incidencia en el Derecho Penal Militar y en el Derecho Disciplinario Militar: su aplicación a la zona militar de Canarias*, en *Anales de la Facultad de Derecho de Santa Cruz de Tenerife* 26 (2009) pp. 145 ss.
- L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Multas administrativas*, en *RAP*. 79 (1976) pp. 9 ss.



- M. MARTÍN VICENTE, *Caracterización jurídica de la Guardia civil*, en *REDM*. 55 (1990) pp. 204 ss.
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE-P. DE PABLO CONTRERAS, *Derecho civil navarro y codificación civil en España*, en *Revista Jurídica de Navarra* 6 (1989) pp. 65 ss.
- J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el derecho medieval español*, en *AHDE*. 27-28 (1957-1958) pp. 221 ss.
- *La prueba judicial en el derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media*, en *AHDE*. 31 (1961) pp. 17 ss.
- A.J. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *La protección jurídica del peregrino medieval del Siglo XIII, especial referencia al libro de los Fueros de Castilla y al Fuero Real*, en *Cuatro pilares para un camino: actas del VI Congreso Internacional de Asociaciones Jacobeas 2002* (2005) pp. 249 ss.
- V.J. MARTÍNEZ PARDO, *La prescripción del delito*, en *Revista Internauta de práctica jurídica* 27 (2011) pp. 125 ss.
- E. MARTÍNEZ RUÍZ, *La celebración de quintas, una cadencia temporal en la España del Antiguo Régimen*, en *RHMod*. 11 (1992) pp. 215 ss.
- F. MAURICE, *Deber de injerencia humanitaria sobre asistencia humanitaria: Ambición humanitaria*, en *RICR*. 112 (1992) pp. 384 ss.
- T. MERON, *Humanization of humanitarian Law*, en *AJIL*. 94 (2000) pp. 246 ss.
- M.A. MEYER, *La acción humanitaria: un delicado acto de equilibrio*, en *RICR*. 83 (1987) pp. 513 ss.
- A. MILLÁN GARRIDO, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar*, en *RDPb*. 87 (1982) pp. 302 ss.
- C. MIR PUIG, *El sistema de sanciones*, en *Revista jurídica de Cataluña*, número extraordinario (1980) pp. 28 ss.

- D. MOMTAZ, *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*, en *RCADI*. 282 (2001) pp. 51 ss.
- Y. MOMTAZ, *Las normas humanitarias mínimas aplicables en periodos de disturbios y tensiones internas*, en *RICR*. 147 (1998) pp. 494 ss.
- S. MONTSERRAT ALSINA, *El ejército real y la jurisdicción de guerra: Estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria*, en *REDM*. 21 (1966) pp. 9 ss.
- I. MOUMOUNI, *Le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces: Une rupture de l'égalité devant la loi entre délinquants?*, en *RIDP*. 83 (2012) pp. 1 ss.
- F. MUGA LÓPEZ, *Antecedentes del Código Penal Militar de 1884*, en *REDM*. 1 (1956) pp. 27 ss.
- H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit compare*, en *RIDC*. 52 (2000) pp. 503 ss.
- L. MURILLO DE LA CUEVA, *Las vicisitudes del Derecho de la protección de datos personales*, en *Revista Vasca de Administración Pública* 58-2 (2000) pp. 211 ss.
- S. D. MURPHY, *Decision not to regard persons detained in Afgahnistan as POW's*, en *AJIL*. 96 (2002) pp. 477 ss.
- *International Law, the United States, and the Non-military "War" against terrorism*, en *EJIL*. 14 (2003) pp. 356 ss.
- K.N. NADELMANN, *Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales*, en *RCDIP*. 10 (1958) pp. 37 ss.
- P. NOVA MELLE, *El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales* 9 (1996) pp. 229 ss.

- L.K. O'CONNOR, *International and Foreign Legal Research: Tips, Tricks, and Sources*, en *CILJ*. 28 (1995) pp. 416 ss.
- T. OGÁYAR, *La novísima legislación sobre ausencia*, en *RGLJ*. 1 (1941) pp. 90 ss.
- R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, en *BIDR*. 47 (1940) pp. 240 ss.
- *La cognitio extra ordinem-una chimera*, en *SDHI*. 46 (1980) pp. 236 ss.
- J. ORLANDIS, *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, en *AHDE*. 14 (1942-1943) pp. 81 ss.
- *Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 15 (1944) pp. 647 ss.
- *El concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 16 (1945) pp. 124 ss.
- *Algunos aspectos procesales de los Fueros de Aragón de 1247*, en *Anuario de Derecho Aragonés* 4 (1947-1948) pp. 101 ss.
- F. ORTEGO PÉREZ, *Instrucción judicial y garantías (sobre el incorrecto tratamiento del principio acusatorio)*, en *Revista La Ley* 5514 (2002) pp. 2 ss.
- M. ORTELL RAMOS, *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador, y principio de contradicción: una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, en *RJ*. 4 (1991) pp. 775 ss.
- *Una nueva reforma de la casación civil española*, en *RGDP*. 11 (enero 2007) pp. 32 ss.
- J. OTERO GOYANES, *Los Bandos de guerra*, en *REDM*. 3 (1957) pp. 9 ss.
- A. PADIAL ALBAS, *La presunción de vida en la declaración de fallecimiento*, en *RDP*. 10 (1991) pp. 1019 ss.

- J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *RAP*. 67 (1972) pp. 41 ss.
- J. R. PARDO GATO, *El Derecho Castellano-leonés en la peregrinación jacobea, Una reflexión histórico-jurídica*, en *Revista jurídica de Castilla y León* 5 (2005) pp. 191 ss.
- G. PARRA ARANGUREN, *Los derechos sucesorios del cónyuge superviviente*, en *Revista de la Facultad de Derecho* 9 (1956) pp. 41 ss.
- D.R. PASTOR, *¿Procesos penales para conocer la verdad?*, en *Jueces para la Democracia* 59 (2007) pp. 95 ss.
- L. PEGORARO, *El método en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado*, en *Revista de Estudios Políticos* 112 (2001) pp. 9 ss.
- C. PEÑA GARCÍA, *El fundamento de la absoluta indisolubilidad del matrimonio rato y consumado en la teología actual*, en *Estudios Eclesiásticos* 79 (2004) pp. 601 ss.
- C. PÉREZ DEL VALLE, *Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el Derecho penal militar*, en *REDM*. 68 (1996) pp. 59 ss.
- M. PÉREZ GONZÁLEZ, *La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva*, en *REDI*. 55 (2003) pp. 187 ss.
- A. PÉREZ MORENO, *La profesionalización de las Fuerzas Armadas. Cambios y adaptaciones internas*, en *Cuadernos de Estrategia* 104 (1999) pp. 65 ss.
- A.J. PÉREZ RAGONE, *La rebeldía en diversos modelos procesales de la Edad Media, paralelos, variables y evolución de la figura*, en *REHJ*. 30 (2008) pp. 289 ss.
- B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Pomponio y los modos de extinción de las obligaciones*, en *IVRA* 52 (2001) [publ. 2005] pp. 180 ss.
- M. PESET REIG, *Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, en *ADC*. 28 (1975) pp. 29 ss.

- J. PICTET, *The new Geneva Conventions for the Protection of War victims*, en *American Journal of International Law* 3 (1951) pp. 462 ss.
- A. PIGRAU SOLÉ, *Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional*, en *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional* 11 (1994) pp. 214 ss.
- E.M. POLLOCK, *The story of comparative jurisprudence*, en *JSCL*. 2 (1905) pp. 74 ss.
- A. PORRAS NADALES, *Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España*, en *REP*. 35 (1983) pp. 183 ss.
- R. POUND, *Mechanical jurisprudence*, en *CLR*.8 (1908) pp. 605 ss.
- *Comparative Law in Space and Time*, en *TAJCL*.4 (1955) pp. 70 ss.
- P. POZO SERRANO, *El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán*, en *Anuario de Derecho Internacional* 18 (2002) pp. 298 ss.
- G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nell processo civile romano*, en *Memorie dell' Istituto giuridico dell'Università di Torino* 133 (1970) pp. 184 ss.
- F. PUELL DE LA VILLA, *La ordenanza de reemplazo anual de 1770*, en *Hispania* 189 (1995) pp. 205 ss.
- G. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del derecho penal*, en *Brunei International Medical Journal* 1608 (1991) pp. 256 ss.
- V. REINA, *Matrimonio canónico y civil. Presupuestos doctrinales*, en *RDP*. 82 (1969) pp. 836 ss.
- J.C. REITZ, *How to do comparative law*, en *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998) pp. 617 ss.

- E. RICART MARTÍ, *Un caso de in integrum restitutio reipublicae causa abesse y petitio bonorum possessionis*, en *RIDA*.54 (2007) pp. 410 ss.
- D. ROBINSON, *The identity crisis of International Criminal Law*, en *Leiden Journal of International Law* 21 (2008) pp. 926 ss.
- J. ROBLES FONSECA, *La ausencia en el nuevo Derecho*, en *RCDI*. 171 (1940) pp. 317 ss.
- J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Código de Justicia Militar*, en *Novos Estudos Jurídicos* 4 (1952) pp. 304 ss.
- *Faltas militares*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* 9 (1958) pp. 619 ss.
- *La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar español*, en *REDM*. 7 (1959) pp. 73 ss.
- J. RODRÍGUEZ DÍEZ, *El matrimonio cristiano en San Agustín*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 38 (2005) pp. 13 ss.
- J.L. RODRÍGUEZ LAÍN, *Las grabaciones de videocámaras de seguridad como fuente probatoria en el proceso penal*, en *Diario La Ley* 7921 (2012) pp. 1 ss.
- J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *El Derecho Militar del Siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar complementario*, en *REDM*. 77 (Madrid 2001) pp. 123 ss.
- F. RUBIO LLORENTE, *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, en *REDC*. 91 (enero-abril 2011) pp. 407 ss.
- P. RUBIO TARDÍO, *La deserción*, en *REDM*.19 (1965) pp. 9 ss.
- E. RUÍZ VADILLO, *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, en *Revista La Ley* 4 (1987) pp. 875 ss.
- R. SACCO, *Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad del derecho*, en *ADC*. 2 (2008) pp. 445 ss.

- J. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, en *REDC*. 54 (1998) pp. 263 ss.
- J. SAPENA TOMÁS, *La ausencia en Aragón*, en *RDP*. 56 (1955) pp. 985 ss.
- R. SCHLESINGER, *The Past and Future of Comparative Law*, en *TAJCL*. 43 (1995) pp. 477 ss.
- J. M. SERRANO ALBERCA, *La protección de las libertades públicas del militar*, en *RAP*. 103 (1984) pp. 47 ss.
- I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el Código Penal de 1995*, en *Boletín del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid* 1 (1996) pp. 108 ss.
- I. SERRANO Y SERRANO, *Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento*, en *RDP*. 409 (1951) pp. 285 ss.
- R. SLOANE, *The expressive capacity of International Punishmen: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, en *Standford Journal of International Law* 43 (2007) pp. 40 ss.
- P. STANZIONE, *Considératns a usu jet des méthodes du droit comparé*, en *RIDC*. 4 (1973) pp. 873 ss.
- P. STEIN, *Logic and Experience in Roman and Common law*, en *BULR*. 59 (1979) pp. 433 ss.
- D. STONE, *The presumption of death: a redundant concept?*, en *Modern Law Review* 44 (1981) pp. 516 ss.
- J. SUAY RINCÓN, *El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, en *RAP*. 109 (1986) pp. 197 ss.
- A.V. SYMPOSIUM, *New Directions in Comparative Law*, en *TAJCL*. 46 (1998) pp. 597 ss.
- F. TERRÉ, *La Codification*, en *European Review of Private Law* 46 (1993) pp. 31 ss.

- F. TOMÁS VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de la Laguna* 1 (1963-1964) pp. 23 ss.
- V. TORRALBA SORIANO, *El Derecho civil desde la codificación al tiempo presente*, en *RGLJ*. 36 (1975) pp. 245 ss.
- M. TORRELLI, *¿De la asistencia a la injerencia humanitaria?: ¿de qué hablamos?*, en *RICR*. 111 (1992) pp. 245 ss.
- J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis idem en la Jurisprudencia?*, en *RPJ*. 22 (1991) pp. 113 ss.
- F. TRILLO-FIGUEROA, *Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española*, en *REDM*. 38 (1979) pp. 77 ss.
- A. TUNC, *La contribution possible des études juridiques comparatives á une meilleure compréhension entre nations*, en *RIDC*. 16 (1964) pp. 47 ss.
- W. TURPIN, *Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem*, en *RIDA*. 46 (1999) pp. 499 ss.
- J. VALENCIA, *The Centenary of the Chilean civil Code*, en *AJCL*. 7 (1958) pp. 71 ss.
- J. VALENCIANO ALMOYNA, *En torno a un nuevo Código de Justicia Militar*, en *REDM*. 35 (1978) pp. 55 ss.
- M. VALLEJO GIRVÉS, *Sobre la persecución y el castigo a los desertores en el Ejército de Roma*, en *Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica* 5 (1993) pp. 241 ss.
- G. VASALLI, *Nullum crimen sine lege*, en *Novissimo Digesto italiano* 11 (Turín 1965) pp. 497 ss.
- E. VÁZQUEZ GUNDÍN, *El ausente y sus derechos hereditarios*, en *RCDI*. 171 (1942) pp. 516 ss.



- J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español (Homenaje a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras sus cien años de vigencia)*, en *Revista Jurídica de Cataluña* 2 (1984) pp. 382 ss.
- H. WOLFF, *The lex Cornelia de captivis and the Roman Law of succession*, en *BIDR.* 46 (1939) pp. 344 ss.
- A. ZEMMALI, *Protección del agua en periodo de conflict armado*, en *RICR.* 131 (1995) pp. 604 ss.
- J. ZLINSZKY, *Zur Frage der Verschollenheit im römischen Recht*, en *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* 8 (1960) pp. 95 ss.
- E. ZULETA PUZEIRO, *Razón y codificación*, en *ADC.* 30 (1987) pp. 583 ss.